

**FERNANDO ANDREONI VASCONCELLOS**

**O CONCEITO DE DERROTABILIDADE NORMATIVA**

**CURITIBA**

**2009**

**FERNANDO ANDREONI VASCONCELLOS**

**O CONCEITO DE DERROTABILIDADE NORMATIVA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito das Relações Sociais, como parte das exigências para obtenção do título de Mestre. Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena.

**CURITIBA**

**2009**

## TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO ANDREONI VASCONCELLOS

O CONCEITO DE DERROTABILIDADE NORMATIVA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena  
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. José Roberto Vieira  
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Eugenio Bulygin  
Universidade de Buenos Aires

Curitiba, fevereiro de 2009

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Professor CESAR ANTONIO SERBENA, pela inteligência e humildade com as quais me mostrou caminhos para produzir um trabalho em Teoria Geral do Direito.

Ao Professor JOSÉ ROBERTO VIEIRA, mestre de todos nós, que soube ensinar a um estudante de Direito Tributário o gosto pela Teoria Geral do Direito.

Ao Professor JOSÉ RENATO CELLA, que me incentiva e me motiva desde a Graduação aos estudos de Teoria Geral do Direito, e que hoje, além de referência teórica, é um grande amigo.

Agradeço aos meus amigos MÁRCIO MANOEL MAIDAME e EDUARDO FORTUNATO BIM que, mesmo de longe, ajudaram durante todo o trabalho com observações sábias e precisas. Também ajudando de longe, agradeço a JULIANO MARANHÃO, de quem muito aprendi a respeito do tema do presente trabalho.

Ao Corpo Discente e ao Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, especialmente os Professores LUIZ GUILHERME MARINONI, CLÊMERTON MERLIN CLÉVE, CELSO LUDWIG, MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES, EGON BOCKMANN MOREIRA, SÉRGIO CRUZ ARENHART, BETINA GRUPENMACHER E LUIZ EDSON FACHIN.

Agradeço a todos os membros do Escritório Farfud, Schmitt, Vasconcellos e Kozikoski, sobretudo os meus sócios, GONÇALO MARINS FARFUD, WALMOR SCHMITT NETO E ANTONIO CLAUDIO KOZIKOSKI JUNIOR.

Por fim, os mais importantes, agradeço a Deus, aos meus pais, CÉLIO DONATO VASCONCELLOS e IRANITA ANDREONI VASCONCELLOS, e a CAMILE FIORESE CRUZETA, por serem fonte de amor, perseverança e apoio incondicional.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a apresentação do conceito de derrotabilidade. Dentro desta proposta, analisou-se a evolução da hermenêutica no âmbito jurídico, especialmente em termos lingüísticos, a fim de demonstrar o seu panorama atual. São investigados os problemas enfrentados pelos juristas, em relação à indeterminação decorrente do reconhecimento da força normativa dos princípios, da aplicação direta da Constituição e da singularidade de cada caso concreto. São analisadas as aplicações práticas dos instrumentos de subsunção e de ponderação, sobretudo quando direitos entram em colisão. Pretendeu-se defender a conclusão de que, por mais que seja real a possibilidade de indeterminação, nem todos os casos jurídicos são difíceis, existindo muitas situações corriqueiras que permitem a aplicação do direito sem maiores dificuldades. Isso não significa que uma situação trivial não possa ser problematizada. A derrotabilidade surge como uma ferramenta capaz de tratar destes contextos problematizáveis, baseada na crença de que a norma jurídica continua sendo uma norma mesmo se nela é inserida uma cláusula “a menos que” (Herbert Hart). O conceito de derrotabilidade reside na possibilidade de que a consequência da norma jurídica venha a ser derrotada, afastada, não-aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível. São apontados os pressupostos teóricos para a compreensão da teoria da derrotabilidade, como o reconhecimento de que o direito positivo apresenta apenas deveres *prima facie*, passíveis de serem alterados após o processo de interpretação, além da exigência de modificação da lógica aplicável ao direito, substituindo-se a lógica clássica por uma lógica não-monotônica. Estas pressuposições provocam repercussões nas categorias jurídicas da incidência e da aplicação, afetando principalmente a linha de raciocínio de Pontes de Miranda. A derrotabilidade demonstra que a proposta de uma incidência automática e infalível, alheia a qualquer conduta humana, mostra-se inviável. São elencados os casos de derrotabilidade e os seus requisitos materiais e formais, destacando-se a coerência e a fundamentação como exigências indispensáveis. A face processual da derrotabilidade é o destino final do trabalho. Para estudá-la, foram expostas as teorias de Giovanni Sartor e Neil MacCormick, pelas quais a derrotabilidade processual é aproximada da distribuição do ônus da prova e envolve o relacionamento entre fatos constitutivos e extintivos/impeditivos. No âmbito jurisdicional, a alteração dos precedentes judiciais também foi analisada, assim como as medidas criadas pelo legislador para outorgar coerência e vinculação às decisões, e para preservar a boa-fé daqueles que acreditaram no precedente derrotado.

**Palavras-chave:** Derrotabilidade. Norma Jurídica. Teoria da Argumentação. Hermenêutica. Lógica dêontica. Conflitos entre regras e princípios. Ônus da prova.

## ABSTRACT

This work is subject to submission of the concept of defeasibility. Within this proposal analyzed the evolution of hermeneutics under law, particularly in language in order to demonstrate its actual situation. They investigated the problems faced by lawyers in relation to uncertainty arising from the recognition of the strength of normative principles, the direct application of the Constitution and the uniqueness of each case. It analyzes the practical applications of instruments of subsumption and balancing, especially when rights come into collision. We were asked to defend the conclusion that, whatever is the possibility of real uncertainty, not all legal cases are difficult (hard cases), and there are many situations that currently allow the application of law without major difficulties. That does not mean that a situation cannot be put in a doubt. The defeasibility comes as a tool capable of dealing with these contexts questionable, based on the belief that the law remains a standard even if it is inserted a clause “unless” (Herbert Hart). The concept of defeasibility is the possibility that the consequence of the law will be defeated, displaced, not applied, because there are a fact, interpretation or circumstance incompatible with it. They raised the theoretical assumptions in understanding the theory of defeasibility, as recognition of the positive law provides only *prima facie* duties, which can be changed after the process of interpretation, beyond the requirement of change of logic applies to law, replacing it is the classical logic by a non-monotonic logic. These assumptions lead to repercussions in the legal categories and the application of the law (incidence), affecting mainly the line of reasoning of Pontes de Miranda. The defeasibility shows that the proposal for an automatic focus and infallible, unrelated to any human conduct, it seems impossible. Were listed the cases of defeasibility and their formal and substantive requirements, especially the consistency and motivation as essential requirements. The procedural side of defeat is the final destination of work. To study it, were exposed to the theories Giovanni Sartor and Neil MacCormick, for which the procedural defeasibility is approximate distribution of burden of proof and facts surrounding the relationship between constituent and extinct/impeditive facts. Under court, the change in judicial precedent was also discussed, as well as measures imposed by the legislature to award consistency and linking the decisions, and to preserve the good faith of those who believed in the previous defeated.

**Keywords:** Defeasibility. Legal norm. Reasoning theory. Deontic logic. Hermeneutic. Conflict between rules and principles. Burden of proof.

# SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	<b>5</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>6</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 DIREITO POSITIVO E METODOLOGIA JURÍDICA</b> .....	<b>11</b>
<b>1.1 DIREITO E LINGUAGEM</b> .....	<b>11</b>
1.1.1 Evolução da interpretação do Direito à luz da linguagem .....	12
1.1.2 Interação entre os conceitos de interpretação e aplicação .....	15
<b>1.2 MÉTODOS JURÍDICOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO</b> .....	<b>19</b>
1.2.1 A “desmetodização” da jurisprudência .....	20
1.2.1 A lógica aplicada ao direito: críticas e possibilidades .....	22
<b>1.3 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E JUSTIFICAÇÃO</b> .....	<b>27</b>
1.3.1 Justificação interna .....	28
1.3.2 Justificação externa .....	30
<b>2 CONSTITUCIONALISMO E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS</b> .....	<b>33</b>
<b>2.1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS</b> .....	<b>33</b>
2.1.1 Subsunção, ponderação e concretização de direitos .....	35
2.1.2 Hard cases e easy cases .....	38
<b>2.2 CONCRETIZAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS</b> .....	<b>41</b>
2.2.1 O problema da indeterminação do Direito .....	42
2.2.2 Universalismo <i>versus</i> particularismo .....	44
<b>3 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA DERROTABILIDADE</b> .....	<b>47</b>
<b>3.1 REFERÊNCIAS TEÓRICAS E PRESSUPOSTOS</b> .....	<b>47</b>
3.1.1 Histórico .....	47
3.1.2. Hipóteses de derrotabilidade (níveis abstrato e concreto) .....	49
<b>3.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DERROTABILIDADE</b> .....	<b>52</b>
3.2.1. Derrotabilidade do texto ou da norma jurídica? .....	52
3.2.2 Norma jurídica condicional-hipotética e solução <i>prima facie</i> .....	54
3.2.3 Requisitos ordinariamente necessários e presumidamente suficientes da norma jurídica. Análise crítica da teoria ponteana da juridicização .....	57

<b>3.3 A LÓGICA DA DERROTABILIDADE .....</b>	<b>60</b>
3.3.1 Lógica derrotável (não-monotônica).....	61
3.3.2 Utilização da lógica clássica no tratamento da derrotabilidade .....	64
3.3.3 Visão crítica da lógica aplicada à derrotabilidade .....	67
<b>4 A DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS .....</b>	<b>70</b>
<b>4.1 QUAIS NORMAS JURÍDICAS SÃO DERROTÁVEIS?.....</b>	<b>70</b>
4.1.1 Todas as normas jurídicas são derrotáveis?.....	70
4.1.2 Casos de Derrotabilidade .....	73
4.1.2.1 Problemas de pertinência .....	74
4.1.2.2 Problemas de interpretação.....	76
4.1.2.3 Problemas de prova.....	78
4.1.2.4 Problemas de qualificação .....	79
<b>4.2 CONDIÇÕES DE DERROTABILIDADE .....</b>	<b>81</b>
4.2.1 Requisitos materiais .....	82
4.2.1 Requisitos procedimentais .....	85
<b>4.3 INCIDÊNCIA E DERROTABILIDADE .....</b>	<b>87</b>
4.3.1 Incidência automática e infalível.....	88
4.3.2 Incidência mediante a linguagem competente do aplicador .....	89
4.3.3 A incidência segundo a derrotabilidade.....	91
<b>5 A DERROTABILIDADE PROCESSUAL.....</b>	<b>95</b>
<b>5.1 INTRODUÇÃO À DERROTABILIDADE PROCESSUAL.....</b>	<b>95</b>
5.1.1 Teoria de Giovanni Sartor.....	96
5.1.2 Teoria de Neil MacCormick .....	101
<b>5.2 ÔNUS DA PROVA E NORMAS JURÍDICAS .....</b>	<b>104</b>
5.2.1 Os conceitos de fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos .....	106
5.2.2 Princípio dispositivo versus princípio inquisitivo.....	108
5.2.3 O fracasso de seguir a norma no caso individual não a destrói. Porém a inabilidade genérica de segui-la é a sua destruição.....	110
<b>5.3 MUTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E DERROTABILIDADE .....</b>	<b>112</b>
5.3.1 A importância dos precedentes judiciais .....	112
5.3.2 A mudança de um precedente e a derrotabilidade .....	115
5.3.3 Segurança jurídica e derrotabilidade: medidas para resguardar a boa-fé daquele que confiou no precedente derrotado.....	119
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>121</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>124</b>



# INTRODUÇÃO

A intenção original do presente trabalho consistia em aplicar a teoria da derrotabilidade (*defeasibility*) ao Direito Tributário, a fim de contrastar os problemas jurídicos decorrentes da concretização da norma tributária com os valores da segurança jurídica e certeza do direito. Como ponto de partida da investigação, e apresentação do assunto, elaborou-se um artigo no ano de 2007 dedicado à questão.<sup>1</sup> A profundidade da matéria e os seus desdobramentos nas diversas áreas do Direito, entretanto, impôs uma mudança de planos. O número pequeno de referências acerca do assunto, no direito brasileiro, apresentou-se como uma oportunidade para a produção de um trabalho específico sobre o tema.

Na literatura estrangeira, são ricos os debates acerca do conteúdo e alcance da derrotabilidade, entre autores como NEIL MACCORMICK, ROBERT ALEXY, EUGENIO BULYGIN, CARLOS ALCHOURRÓN, HENRY PRAKKEN, JAAP HAGE, MANUEL ATIENZA e ALEXANDER PECZENICK. Pode-se dizer que este interesse existe porque “a análise da derrotabilidade na argumentação é um dos ramos mais excitantes da teoria da argumentação.”<sup>2</sup>

O presente estudo procurou ser introdutório e nele não foram aprofundadas as celeumas lógicas que envolvem a matéria. Entendeu-se por bem, apenas, apresentar conceitos, pressupostos teóricos, aplicações práticas, hipóteses e requisitos. Ainda, foram enfrentados assuntos que não são tratados por autores estrangeiros, como a incidência, matéria que no Brasil foi muito desenvolvida a partir da obra de PONTES DE MIRANDA.

A derrotabilidade é um problema jurídico eminentemente interpretativo. Não se relaciona, diretamente, a temas atinentes à revogação ou derrogação, mas trata de problemas relativos à aplicação do direito em diferentes contextos fáticos

---

<sup>1</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. A derrotabilidade da norma tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n.º 77. São Paulo: RT, 2007. p. 121-150.

<sup>2</sup> “The analysis of defeasibility in argumentation is one of the most exciting branches of argumentation theory (...).” (ALEXY, Robert. Review: Henry Prakken. *Argumentation*. v. 14. n.º 1. Amsterdam: Springer Netherlands, 2000. p. 70).

e jurídicos. Ao contrário do que pode parecer a quem não conhece o assunto, a derrotabilidade não significa a defesa de algum relativismo ou subjetivismo. Dentro da dogmática jurídica hodierna, presencia-se certo flerte com propostas teóricas que desconsideram facilmente as previsões do direito positivo e propugnam por soluções apegadas a um decisionismo subjetivista. Essa passividade com que se tem tratado a desconsideração do direito positivo motivou o estudo da derrotabilidade, exatamente por ser uma teoria que se propõe a representar seriamente a não-aplicação da mensagem literal do direito positivo, ainda que presentes os requisitos necessários e suficientes para aplicação.

O tema é instigante porque aparece juntamente com a preocupação de afirmar a existência de uma resposta normativa inserida no direito positivo, pois se algo será derrotado, antes disso, ele há de ser potencialmente aplicável. Embora o trabalho não se aprofunde na teoria da democracia, os valores da segurança jurídica e do princípio democrático estão presentes, de forma explícita ou implícita, em todo o raciocínio desenvolvido.

# 1 DIREITO POSITIVO E METODOLOGIA JURÍDICA

## 1.1 DIREITO E LINGUAGEM

O Direito é produzido e aplicado a partir da linguagem. A lição kelseniana de que o Direito cria suas próprias realidades deve ser entendida como uma criação mediante o uso da linguagem, sem a qual os destinatários dos comandos normativos ficariam desorientados e o propósito maior do Direito - regular as condutas intersubjetivas - estaria prejudicado. Desde os debates políticos que originam o material legislado, da Assembléia Constituinte até a votação de uma simples Lei ordinária, sempre haverá a presença da linguagem para intermediar toda e qualquer “comunicação jurídica”.

Após a positivação do Direito, ao aplicador caberá a missão de interpretá-lo, sem embargo dos problemas que podem exsurgir nessa atividade, tais como a vagueza e ambigüidade do texto, assim como outros fatores lingüísticos, imiscuídos na pré-compreensão do intérprete, na forma de convicções pessoais sobre o ordenamento jurídico e acerca do caso concreto. O direito positivo não é criado a partir do nada, *ex nihilo*, mas decorre da linguagem, que é transformada em nova linguagem mediante uma cadeia de sucessivas transformações, promovidas em leis, sentenças, acórdãos, portarias etc.

Essa visão do Direito como linguagem franqueia aos juristas uma série de mecanismos capazes de auxiliar a investigação do fenômeno jurídico em seus pormenores, em virtude das subdivisões existentes em sua estrutura. Tradicionalmente se distinguem três planos da linguagem: o plano da sintaxe (sintático), cujo objeto constitui o estudo da estrutura formal da linguagem por meio de análises lógico-lingüísticas; o plano da semântica, que tem por objeto averiguar o sentido das proposições; e o plano da pragmática, cuja finalidade é investigar o uso das preferências lingüísticas.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Cfr. ROBLES, Gregorio. *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*. 2. ed. México: UNAM, 1988. p. 271. Veja-se, também: KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la lógica*

Esta escolha metodológica, baseada no reconhecimento da relação umbilical entre Direito e linguagem, tornará possível a utilização dos instrumentos ofertados pela lingüística (semiótica) no desenrolar de todo o estudo. Em se tratando de interpretação do direito positivo, a linguagem pode, então, ser vista como *início e limite*, meio para um fim no qual a sua intermediação se torna indispensável, como se verá adiante.

### **1.1.1 Evolução da interpretação do Direito à luz da linguagem**

Além da percepção da linguagem como constitutiva do Direito, é possível usá-la (e os seus planos) para demonstrar a evolução da interpretação na seara jurídica. Foi o que MARCELO NEVES fez, ao elaborar um panorama histórico-semiótico sobre a interpretação do direito positivo nos últimos dois séculos, mediante um raciocínio que será exposto a seguir.<sup>4</sup> Segundo a sua análise, no século XIX a Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos destacaram-se por construir um modelo que se pode chamar, semioticamente, de “sintático-semântico”, ao enfatizar as conexões sintáticas entre termos, expressões ou enunciados normativo-jurídicos, pressupondo a sua univocidade (semântica). Na Escola da Exegese essa concepção resultou em um “culto ao texto da lei”, por meio da expressão “intenção do legislador”; por outro lado, a Jurisprudência dos

---

*jurídica*. Trad. Juan A. Casaubon. Buenos Aires: Eudeba, 1973. p. 51; WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 38 e ss.; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 127 e ss.; ÁVILA, Humberto. O direito como linguagem. *Opinio Jure*. n.º 4. Canoas: ed. Ulbra, 1995. p. 04-22; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. São Paulo: Saraiva: 1997. *passim*. São significativas as palavras de Paulo de Barros Carvalho acerca do assunto: “Ali onde houver direito, haverá normas jurídicas (Kelsen). A que poderíamos acrescentar: e onde houver normas jurídicas haverá, certamente, uma linguagem em que tais normas se manifestem.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17). No mesmo sentido, Inocêncio Mártires Coelho: “(...) é de se destacar o caráter *lingüístico* de qualquer interpretação, a exigir que os interlocutores falem a mesma linguagem, como condição de possibilidade de sua mútua compreensão, até porque, adverte Gadamer, ‘quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade não fala’.” (COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade Hermenêutica: acertos e equívocos. *In: As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: América Jurídica, 2002. p. 367).

<sup>4</sup> NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. *In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 356-364.

Conceitos caracterizou-se pela compreensão do Direito como um sistema marcado pela “conexão lógica dos conceitos” e a “racionalidade dos fins”, em uma teoria exegética que se pode chamar “objetiva”, de acordo com a qual o fim da interpretação jurídica seria “esclarecer o significado da lei como um todo objetivo de sentido.”<sup>5</sup>

A Teoria do Direito, na primeira metade do século XX, procurou enfatizar o aspecto semântico da interpretação, sem olvidar da dimensão sintática, naquilo que MARCELO NEVES chamou de modelo “semântico-sintático”, caracterizado na Teoria Pura do Direito de HANS KELSEN. Nela já se reconhece o problema da ambigüidade e vagueza dos termos e expressões jurídicas, no que caberia ao intérprete determinar o quadro semântico das aplicações juridicamente corretas, mediante operações lógico-sintáticas, em um ato subjetivo e voluntário, envolvendo uma questão de “política do Direito”, não “teórico-jurídica”.<sup>6</sup>

Na segunda metade do século XX, a Teoria do Direito começou a considerar a interpretação do Direito como um problema de determinação semântica do sentido de textos jurídicos, condicionada pragmaticamente, em uma proposta chamada de “semântico-pragmática”. As operações sintáticas serviriam à delimitação estrutural dos contornos lógico-sistêmicos da interpretação, entretanto a tônica do processo hermenêutico recairia na busca do sentido normativo de textos jurídicos em contextos históricos específicos. Com base nessa

---

<sup>5</sup> Cfr. NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica..., *op. cit.*, p. 356-360. Marcelo Neves explica o seu pensamento: “É verdade que, conforme ambas as correntes, ao intérprete do Direito caberia descobrir o único sentido juridicamente possível dos signos legais. Entretanto, tal operação semântica seria secundária e pouco complexa, eis que se partia da precisão denotativa e conotativa da linguagem legal. Os problemas semânticos estariam subordinados aos sintáticos, na medida em que a articulação lógica e sistemática entre signos legais ou conceitos normativos possibilitaria a subsunção do caso à hipótese legal pré-delineada. O ponto crucial do processo interpretativo residiria na concatenação horizontal e vertical entre termos e proposições legais (Escola da Exegese) ou entre conceitos tecnicamente precisos (Jurisprudência dos Conceitos), para que se definisse a única solução correta do caso respectivo. A essas concepções sintático-semânticas da interpretação jurídica subjazia uma visão realista da linguagem, de tal maneira que a operação sintática apresentava-se como o meio de chegar-se metodologicamente ao sentido essencial dos termos e expressões jurídicas, possibilitando a aplicação correta do Direito”. (*Ibidem*, p. 358).

<sup>6</sup> “Em tal concepção, o aspecto pragmático é de um ‘sujeito empírico’ posto em segundo plano ou entre parênteses, tendo em vista que a ela subjaz uma concepção de sujeito cognoscente transcendental, infenso aos voluntarismos da escolha entre as variáveis possíveis de aplicação”. (*Ibidem*, p. 359).

corrente, afirma CLAUS-WILHEM CANARIS, toda interpretação tem que começar com a decisão do intérprete de ajustar-se à obra e de não introduzir nada no texto, mas apenas revelar o que no texto se contém.<sup>7</sup>

O elemento semântico, diz MARCELO NEVES, está presente na consideração da variação do sentido dos textos em face do seu campo de denotação concreta (o caso dado); por outro lado, o aspecto pragmático apresenta-se na noção de pré-compreensão ou pré-conceito do intérprete a respeito da lei e do caso concreto. Para MARCELO NEVES, entretanto, essa hermenêutica não considera suficientemente a relevância da dimensão *pragmática* no processo de interpretação do Direito, desconhecendo ou, no mínimo, subestimando a função construtiva do intérprete em face dos textos positivados.<sup>8</sup>

O envolvimento da teoria jurídica com a pragmática (camada de linguagem) aproxima-a do “pragmatismo”, assim entendido conforme o conceito peirceano de que uma coisa significa simplesmente os hábitos que a envolvem.<sup>9</sup> Essa noção é o cerne do pragmatismo, proposta teórica desenvolvida em torno da análise dos modos de significar, usos ou funções da linguagem, partindo da idéia de que fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativo-denotativa dos significados das palavras ou expressões, em razão da alteração do contexto comunicacional, por conta do uso concreto.<sup>10</sup> Os fatores pragmáticos na administração da justiça, lembra ALF ROSS, são considerações

---

<sup>7</sup> “Más bien sigue siendo también, y precisamente según HEIDEGGER, la ‘tarea primera, constante y última (de la interpretación) no dejarse imponer nunca, por ocurrencias propias y por conceptos populares, la posición (Vorhabe), la previsión (Vorsicht) y la anticipación (Vorgriff), sino asegurar el tema científico, mediante la elaboración de tales elementos (posición, previsión y anticipación) *desde las cosas mismas*”; por consiguiente, ‘este pre-suponer (Voraus-setzen) tiene solo el carácter de un proyecto de comprensión, de manera que la interpretación preparada por tal comprensión *permite precisamente tomar la palabra, en primer lugar, a aquello mismo que hay que interpretar...*’. La ‘precomprensión’ tiene, por tanto, solamente el carácter de una anticipación provisional de una expectativa de sentido, que ‘tiene que poderse rectificar cuando el texto lo exija’ y que está expuesta al riesgo de fracaso – una forma de pensamiento que puede parangonarse con el procedimiento de POPPER de ‘trial and error’. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Trad. Daniela Brückner e José Luis de Castro. Madrid: Civitas, 1995. p. 114-6).

<sup>8</sup> NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica..., *op. cit.*, p. 358.

<sup>9</sup> “(...) for what a thing means is simply what habits it involves.” (PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. *In: Collected Papers*. Cambridge: Harvard University Press. p. 82).

<sup>10</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito...*, *op. cit.*, p. 46.

baseadas numa valoração da razoabilidade prática do resultado apreciado em relação a certas valorações fundamentais pressupostas, diante das quais podem existir várias interpretações possíveis de um significado lingüístico natural do texto.<sup>11</sup> O desenvolvimento da pragmática na interpretação jurídica nasce em razão da constatação bem sintetizada por CHAIM PERELMAN: “a idéia de única interpretação não é contrária à missão dos juízes em nosso sistema jurídico?”<sup>12</sup> Essa adesão ao pragmatismo significou para o Direito a elevação da importância do caso concreto e do papel do intérprete no processo de interpretação, duas características marcantes nas teorias hermenêuticas modernas.

Com efeito, essa nova visão provoca a mudança no próprio conceito de interpretação, cujo núcleo semântico é aproximado da noção de aplicação. Os reflexos deste novo panorama devem ser, portanto, analisados e sopesados.

### **1.1.2 Interação entre os conceitos de interpretação e aplicação**

CASTANHEIRA NEVES alude a um “paradigma da aplicação”, dentro do qual o pensamento jurídico é caracterizado como pensamento intencionalmente *referido a normas* e com o objetivo na sua *aplicação*, onde o caso jurídico é o *prius* metodológico.<sup>13</sup> Esta concepção desloca o centro das atenções dos juristas para o momento da aplicação do direito positivo, de maneira a concentrar as preocupações em como os direitos serão concretizados, por quem e de que forma.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. p. 175-181.

<sup>12</sup> “(...) l’idée même d’interprétation unique n’est-elle pas contraire à la mission du juge dans notre système juridique?” (PERELMAN, Chaim. *Les antinomies en droit. Les antinomies en droit: Etudes Publiées par Chaim Perelman*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 1965. p. 404). Giorgio Agamben, no mesmo sentido, destaca o motivo pelo qual se começou a pensar assim a interpretação do Direito: “(...) a aplicação de uma norma não está de modo algum contida nela e nem pode ser dela deduzida, pois, de outro modo, não haveria necessidade de se criar o imponente edifício do direito processual.” (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 62-63).

<sup>13</sup> NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 142 e ss. e 286.

<sup>14</sup> A respeito da concretização de direitos perante o caso concreto, Friedrich Müller foi quem melhor escreveu: “Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado

Se a norma jurídica só adquire verdadeira normatividade quando é transformada em norma de decisão, *i.e.*, quando soluciona um caso concreto, como defende CANOTILHO, conclui-se que cumpre ao agente ou agentes do processo de concretização um papel fundamental, porque são eles que colocam a norma em contacto com a realidade e demonstram a sua real potencialidade.<sup>15</sup> EROS ROBERTO GRAU defende a mesma linha de raciocínio ao afirmar que o “intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [GADAMER]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [MARÍ].”<sup>16</sup>

A partir de FRIEDRICH MÜLLER começou-se a falar em “concretização de direitos”, e não somente na aplicação ou interpretação, em virtude da constatação de que o direito encontra a sua normatividade apenas quando regula questões jurídicas concretas (reais ou fictícias).<sup>17</sup> A valorização do caso concreto e a integração dos aspectos fáticos no processo exegético são as marcas desta nova hermenêutica jurídica, situação que na ótica de PAULO BONAVIDES leva à impossibilidade de se “(...) isolar a norma da ‘realidade’”, pois esta, ao ser afetada pelo texto legislativo, transforma-se no “elemento material constitutivo da própria

---

[eines abgeschlossen Vorgegebenen]. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho *concretizador ativo* do ‘destinatário’ e com isso à *distribuição funcional dos papéis* que, graças à ordem [Anordnung] jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito.” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 56).

<sup>15</sup> CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 223.

<sup>16</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. IX.

<sup>17</sup> “(...) a concretização por uma série de razões não pode ser um procedimento meramente cognitivo. A normatividade comprova-se apenas na regulamentação de questões jurídicas concretas. Ela é exigida somente no processo de tais regulamentações e só com isso adquire eficácia. Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque é à medida que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, porque é à medida que ela é ‘destituída de clareza’ – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício).” (MÜLLER, Friedrich. *Método..., op. cit.*, p. 61-62).



norma.”<sup>18</sup> Para FRIEDRICH MÜLLER, na concretização do direito, o texto é apenas a “ponta do *iceberg*.”<sup>19</sup>

Como corolário desta proposta teórica, surge a distinção entre “texto de norma” e “norma jurídica”, ensinamento útil para divisar-se o texto positivado enquanto criação do legislador e a norma jurídica, como produto da interpretação/concretização do direito.<sup>20</sup> Contudo, esta diferenciação não representa a perda de força imperativa do direito positivo, de maneira a tornar crível a criação de uma norma conforme o simples talante do intérprete. FRIEDRICH MÜLLER destaca que o texto da norma “dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro”<sup>21</sup>, ou seja, “o teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i.é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis.”<sup>22</sup>

RICCARDO GUASTINI lembra que a interpretação deve ser distinguida da criação de novas regras, pois uma previsão legal [*legal sentence*] admite tipicamente um número de interpretações, entretanto, não admite qualquer interpretação. Segundo GUASTINI, somente em um cepticismo extremo [*hard scepticism*] na interpretação legal, “qualquer coisa caberia”, vale dizer, os intérpretes poderiam atribuir a todo texto legal qualquer significado, tornando

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 505.

<sup>19</sup> “Le texte de norme, dans une codification, n’est que la ‘partie émergée de l’iceberg’ (...).” (MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Trad. L’Allemand par Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. p. 168).

<sup>20</sup> A respeito da não-identidade entre texto de norma e norma jurídica, v.: MÜLLER, Friedrich. *Discours...*, *op. cit.*, p. 168 e ss.; MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: Elementos de uma teoria constitucional*. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995, p. 41 e ss.; MÜLLER, Friedrich. *Método...*, *op. cit.*, p. 51-108; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, *op. cit.*, p. 216-226; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 48-73; NEVES, Castanheira. *Metodologia...*, *op. cit.*, p. 83-154; BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, *op. cit.*, p. 488-507; NEVES, Marcelo. *A interpretação...*, *op. cit.*, p. 356-376; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio...*, *op. cit.*, p. 28 e ss.; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 30-31; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p. 24-25; VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *A derrotabilidade...*, *op. cit.*, p. 125-127.

<sup>21</sup> MÜLLER, Friedrich. *Método...*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 75.

impossível separar a interpretação genuína (*i.e.*, a escolha de um significado definitivo dentro de uma estrutura de significados admissíveis) e a criação de novas regras.<sup>23</sup>

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar acerca da alegação de usurpação de competência legislativa na atividade jurisdicional que outorgou sentido ao direito positivo. Em diversos julgamentos, o STF decidiu que o procedimento hermenêutico do órgão jurisdicional que “ao examinar o quadro normativo positivado pelo Estado, dele extrai a interpretação dos diversos diplomas legais que o compõem, para, em razão da inteligência e do sentido exegético que lhes der, obter os elementos necessários à exata composição da lide - não transgride, diretamente, o princípio da legalidade.”<sup>24</sup>

O STF, nesses julgados, procurou diferenciar os conceitos de “interpretação” e de “produção”, para então ressaltar que a interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, no entendimento do Supremo, com o ato estatal de produção normativa, não importando em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República.

EUGENIO BULYGIN ressalta que as normas jurídicas criadas pelo Poder Legislativo são obrigatórias para todos e, em especial, para todos os Juízes, ao passo que as normas gerais mediante as quais o Juiz justifica a sua decisão, em um caso de lacuna normativa, não obrigam, em princípio, aos outros juízes. No entanto, uma norma geral criada por um Juiz em um caso determinado constitui

---

<sup>23</sup> “A legal sentence typically admits of a number of interpretations – but it does not admit any interpretation *whatsoever*. (...) According to hard scepticism, in the game of legal interpretation ‘anything goes’: interpreters, namely supreme courts judges, can ascribe to any legal text any meaning *whatsoever*, making it impossible to distinguish between genuine interpretation (*i.e.*, the choice of one definite meaning within a framework of admissible meanings) and the creation of new rules.” (GUASTINI, Riccardo. *A Sceptical View on Legal Interpretation*. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (coord.). *Analisi e diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. Turim: Giappichelli, 2005. p. 142

<sup>24</sup> STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 269579, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 07/12/2000; STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 256911, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 15/12/2000; STF, Recurso Extraordinário n.º 250279 rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 07/12/2000.

um precedente, de sorte que se outros Juízes seguem o caminho traçado, ter-se-á uma jurisprudência uniforme. A norma geral criada pelos Juízes adquire por meio do precedente um caráter obrigatório, todavia, pode ocorrer que outro Juiz resolva de outra maneira um caso análogo, gerando assim normas gerais incompatíveis.<sup>25</sup>

No caminho do presente trabalho seremos guiados pela defesa da preservação da dignidade do texto positivado, reconhecendo-se o direito positivo como início e limite de toda e qualquer atividade interpretativa, sem, todavia, menoscar o potencial da interpretação e o papel do intérprete no processo de concretização. Frise-se, por fim, que a norma jurídica criada a partir do texto positivado, ao ser invocada no âmbito da aplicação do Direito, será dotada de prescritividade de condutas, e não somente descreverá mensagens legisladas como se procedesse no nível da ciência do direito, dentro da clássica divisão kelseniana entre camadas do direito positivo e ciência do direito. Pensar que a norma jurídica, enquanto interpretação, equivale ao produto da ciência do direito, é aproximar a atividade do Juiz à do jurista, *i.e.*, sem nenhuma imperatividade ou qualquer obrigação de ser seguida.<sup>26</sup>

## 1.2 MÉTODOS JURÍDICOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO

A criação de métodos é uma tarefa constante na dogmática jurídica. Dentro dessa atividade, a lógica muitas vezes é invocada na qualidade de instrumento apto a ser utilizado, metodologicamente, no auxílio do ato de aplicação. Levando em conta a correlação entre o desenvolvimento de métodos e o uso da lógica, pretende-se sopesar importância deste relacionamento para o aperfeiçoamento do estudo do Direito.

---

<sup>25</sup> BULYGIN, Eugenio, Los jueces ¿crean derecho?. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n.º 18, 2003. p. 25).

<sup>26</sup> Essa observação é importante em razão das palavras de Souto Maior Borges acerca da distinção entre enunciado e norma na doutrina de Robert Alexy: “O que ele denomina simplesmente ‘norma’, não sem impropriedade, configura um enunciado descritivo do preceito formalizado e coloca-se em diverso nível de linguagem (linguagem doutrinária, metalingüística).” (BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41).

### 1.2.1. A “desmetodização” da jurisprudência

Para CANOTILHO, basta ler os acórdãos mais recentes de vários tribunais constitucionais para se concluir imediatamente que: “(1) se rejeita decididamente o amparo maiêutico de ‘grandes teorias’ (‘discurso racional’, ‘razão pública’, ‘agir comunicativo’) quer na *ratio decidendi* quer nas sentenças propriamente ditas; (2) se evitam abordagens expressas relativamente a problemas metódico-metodológicas de interpretação-concretização das normas constitucionais.”<sup>27</sup>

Se não há “teoria” nem “método” então o que é que há? CANOTILHO levanta este questionamento e o responde com a seguinte expressão: *positivismo jurisprudencial*. Instalou-se, na sua ótica, um “precedentismo metodológico” jurisdicionalmente fechado que leva à pergunta acerca de qual método de concretização de regras e princípios constitucionais merece aplicação atualmente? “Parece responder-se: juiz, não há método; este faz-se aplicando as normas aos casos quotidianamente sujeitos à *jurisdictio* dos Tribunais.”<sup>28</sup>

Essa desmetodização da jurisprudência é corolária da crítica empreendida ao formalismo jurídico, a partir da segunda metade do século XX, em razão do desenvolvimento do chamado pós-positivismo no âmbito jurídico. O ataque ao positivismo legalista e a valorização dos princípios culminaram no desprestígio dos métodos jurídicos, entendidos como fórmulas que engessariam a interpretação do direito e prejudicariam a exegese do intérprete.

O experimentalismo e a cultura relativística, decorrentes de um apego irrestrito ao pragmatismo desamparado de métodos, afirma CANOTILHO, libertariam a jurisprudência do “peso teorizante”, em uma *prudencia* sem *scientia*, que o faz perguntar novamente: “qual a utilidade para a *praxis* jurisprudencial da imensa literatura sobre interpretação e método de investigação de normas constitucionais?”<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> CANOTILHO, JJ. Gomes. Jurisdição constitucional e novas intranquilidades discursivas: do melhor método à melhor teoria. In: *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoria del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. n.º 4, Oviedo: 2006. p. 428.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 428.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 428.

A aproximação ao pragmatismo não pode significar a proposta de uma força normativa do fático e tampouco uma autorização para que se possa passar ao largo da literalidade do direito positivo, especialmente em respeito ao espírito democrático. A interação entre os planos sintático, semântico e pragmático se faz indispensável no processo de cognição do direito, no entanto, isso não pode culminar no abandono de iniciativas doutrinárias que pretendam desenvolver métodos para auxiliar o momento da decisão. Como lembra CASTANHEIRA NEVES, o problema metodológico se tornou uma dimensão fundamental do repensar do próprio problema do direito<sup>30</sup>, razão pela qual a pretensão de se criar métodos para a organização, aplicação e tratamento de conflitos normativos não pode ser olvidada.

A singela desmetodização ou descientifização da jurisprudência materializa o ceticismo profundo em relação à interpretação do direito, deixando um campo aberto para o decisionismo desprovido de qualquer critério para a análise dos argumentos envolvidos na exegese. A experiência mostra que os métodos jurídicos são superados com o desenvolvimento de novas teorias e em razão da mudança no panorama histórico-político vivido pela sociedade. Uma crença que está justificada em momento dado, baseada na melhor teoria então disponível, pode aparecer injustificada em um momento posterior, porque já não é parte da melhor teoria então disponível.<sup>31</sup> Essa espécie de “perenidade” das teorias (e das crenças), entretanto, não significa a desnecessidade de criação de novos métodos e o aperfeiçoamento daqueles existentes.

KARL POPPER sustenta que “as teorias são redes, lançadas para capturar aquilo que denominamos ‘o mundo’: para racionalizá-lo, explicá-lo, dominá-lo.”<sup>32</sup> Em última análise, para o Direito, todo e qualquer método é criado para outorgar coerência e consistência no fornecimento de respostas às celeumas

---

<sup>30</sup> NEVES, Castanheira. *Metodologia...*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>31</sup> Cfr. HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. Conocimiento jurídico ¿sobre qué?. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 22, 1999, p. 42; republicado em inglês: Legal knowledge about what? *Ratio Juris*. v. 13, n.º 3, 2000. 325-344.

<sup>32</sup> POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 61.

jurídicas, *i.e.*, para conceder racionalidade às formas com as quais os problemas jurídicos são resolvidos. A derrotabilidade encontra-se inserida neste conceito de método e, como tal, foi desenvolvida pela doutrina para promover a racionalização do “momento jurídico” em que muitos diriam residir o decisionismo, o subjetivismo, ou mesmo, a desmetodização. O raciocínio empreendido em todo o trabalho está imbuído da vontade de “racionalizar, explicar e dominar” o ato de aplicação do direito positivo, sobretudo quando o fenômeno da derrotabilidade entra em jogo.

### **1.2.1 A lógica aplicada ao direito: críticas e possibilidades**

Desde a época de JHERING, afirma ROBERT ALEXY, a análise lógica dos conceitos jurídicos tem sido alvo de muitas críticas, tornando-se a objeção mais importante aquela fundamentada na impossibilidade de obter nova conclusão normativa usando-se somente os métodos da análise lógica e da inferência lógica. Trata-se de um questionamento àquilo que JHERING chamou de “culto da lógica que visa transformar a jurisprudência em matemática da lei.”<sup>33</sup>

JULIANO MARANHÃO, partindo de uma visão histórica, sustenta que a “lógica” e o “sistema” que passaram a ser termos correntes nos títulos de obras jurídicas clássicas de interpretação, desde SAVIGNY, decorriam de uma importação não-refletida do paradigma de sistematização e axiomatização das ciências naturais, principalmente da física, não passando de um esforço de identificação de premissas normativas substantivas, nas quais seriam baseados os juízos. A “lógica” e o “formalismo” foram severamente atacados, mas o

---

<sup>33</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001. p. 243. Como já se disse, “em tempos pós-positivistas, com a doutrina em voga pregando o desapego à literalidade do direito positivo, falar em lógica aplicável ao direito será, no mínimo, visto com desconfiança.” (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Uma visão lógica da colisão entre direitos fundamentais. *In: A advocacia iniciante e os novos rumos do direito: Estudo aplicado*. v.2. Curitiba: Editora da OAB/PR, 2006. p. 206).

“dedutivismo ingênuo” presente nas pioneiras alusões à lógica, muito pouco ou nada tinha de lógica formal.<sup>34</sup>

Esse preconceito gerou uma voz forte contra os estudos lógicos, uma crítica fácil e que tem se perpetrado em um discurso muitas vezes repetido, mas pouco refletido. Fala-se da lógica como se o pensamento lógico ainda estivesse atrelado ao que ARISTÓTELES escreveu ou como se nada de novo – ou significativo – tivesse sido escrito. A lógica evolui, mas muitas ressalvas contra ela ainda são antiquadas e anacrônicas.<sup>35</sup>

Essa evolução, entretanto, teve um lado ruim, como lembram ALCHOURRÓN e BULYGIN: não houve tempo para sua difusão entre os não-especialistas e, conseqüentemente, a lógica não foi devidamente assimilada pela

---

<sup>34</sup> Cfr. MARANHÃO, Juliano. *As lógicas do direito e os direitos da lógica*. obra inédita. p. 03. Acerca da evolução da lógica no século XX, Juliano Maranhão asseverou: “No século seguinte, após o salto dado pela lógica moderna de veia lingüística, pelas mãos de Frege e Russell, o positivismo jurídico, principalmente de Alf Ross e Hans Kelsen, rompe tal circunscrição da lógica jurídica à metodologia hermenêutica, esta última considerada pelos positivistas uma atividade retórica, desprovida de valor científico (Kelsen, 1934, §§36-39; Ross, 1958, itens XXIX a XXXI). Ross, inicialmente cético com uma lógica de normas, através de seu famoso paradoxo (Ross, 1941), posteriormente passou a admitir a lógica deontica como um conjunto de postulados que definem o discurso diretivo, isto é, estabelecem as condições que esse deve satisfazer para que possa cumprir sua função de dirigir a conduta humana (Ross, 1971, p. 164). Kelsen, por sua vez, exigia a consistência como pressuposto para o conhecimento de normas jurídicas (Kelsen, 1934) e mais tarde clamou por uma lógica específica para o raciocínio de imputação normativa, uma lógica de proposições normativas da ciência jurídica, distinta daquele aplicável às ciências causais (categoria na qual incluía as demais ciências sociais e as ciências naturais) (Kelsen, 1960, em especial §§ 21,22 e §34, ‘d’ e ‘e’). Nesse contexto, há meio século, a recepção do primeiro sistema moderno de lógica deontica foi bastante (e talvez excessivamente) calorosa pela filosofia do direito. Com efeito, após a publicação de ‘*Deontic Logic*’, por von Wright (von Wright, 1951), e o (re)surgimento da lógica deontica criou-se uma grande expectativa entre importantes filósofos do direito acerca da possibilidade de sua aplicação na solução de antigos problemas ou confirmação de teses filosóficas. Entre os entusiastas estava Kelsen, talvez o jurista mais influente do século passado, que parecia ter encontrado um trunfo para a “pureza” da ciência normativa. A interdefinibilidade entre obrigação e proibição (o que não está proibido está permitido) e o princípio de não contradição entre normas, ambos presentes no sistema de von Wright, aparentemente ‘comprovavam’ as teses kelsenianas de completude e consistência necessárias dos ordenamentos jurídicos, a ponto de Kelsen, de maneira egocêntrica, como conta von Wright (von Wright, 1985), atribuir a descoberta da lógica deontica à própria *Teoria Pura do Direito*.” (*Ibidem*, p. 3-5).

<sup>35</sup> Como noticia Newton da Costa, a lógica constitui uma das ciências que mais evoluíram e se transformaram no século XX, deixando de englobar, apenas, a teoria da argumentação válida, encontrando variadas aplicações, inclusive na seara teórica, especialmente na filosofia, em particular, em filosofia da ciência, além de avançar em áreas referentes à inteligência artificial (com ênfase na robótica), à engenharia de produção e à informática em geral. (DA COSTA, Newton. *Prólogo*. In: MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Editora UNESP, 2001).

cultura geral de nossa época. Houve um alto desenvolvimento técnico que não foi acompanhado em grau suficiente pelas obras de divulgação, de modo que a lógica se converteu em algo totalmente inacessível para os não especialistas e o público culto em geral tem dela uma idéia muito vaga.<sup>36</sup>

Os estudos lógicos, cada vez mais sofisticados, encontraram na Inteligência Artificial e no desenvolvimento de sistemas jurídicos computacionais, uma aplicabilidade prática nunca antes experimentada pelos juristas. Esse desiderato, no entanto, também encontrou severas críticas. Segundo THORNE MCCARTY, “os conceitos legais mais importantes possuem *textura aberta*: eles não são nunca lógicos e exatos, mas amorfos e pobremente definidos. Como devemos representar esta estrutura em um sistema de Inteligência Artificial?” Ao final completa: “os mais importantes conceitos legais não são estáticos, mas dinâmicos: eles são tipicamente construídos e modificados assim como são aplicados a um determinado conjunto de fatos. Como devemos modelar este processo?”<sup>37</sup>

A base desse ceticismo encontra-se no argumento segundo o qual a lógica não consegue representar o problema central do raciocínio jurídico: a *interpretação*, o seu conteúdo e alcance e as formas com as quais as divergências podem ser solucionadas. ROBERT ALEXY, buscando as possibilidades lógicas do discurso jurídico, declara que o fato de que a lei subjetivamente válida para a análise lógica não seja suficiente, *em si e por si mesma*, para justificar normas e decisões, de modo algum vincula que a aplicação de argumentos conceituais-sistêmicos seja desnecessária, ou até mesmo nociva, para a argumentação jurídica. No seu entender, é muito mais provável que a aplicação dos argumentos

---

<sup>36</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Prólogo*. In: ECHAVE, Delia Tereza; URQUIJO; María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 10-11.

<sup>37</sup> “The most important legal concepts are *open-textured*: they are never logical and precise, but amorphous and poorly defined. How should we represent this structure in an AI system? Legal concepts are not static, but dynamic: they are typically *constructed* and *modified* as they are applied to a particular set of facts. How should we model this process? (MCCARTY, L.Thorne. Some Arguments about Legal Arguments. In: *Proceedings of the Sixth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. New York:ACM, 1997. p. 221.



conceituais-sistêmicos seja necessária e racional, *em conjunto com outros* argumentos, em particular aqueles da argumentação prática geral.<sup>38</sup>

Dentro dessa linha de raciocínio, o aparato lógico ganha espaço na argumentação jurídica na medida em que franqueia aos operadores do Direito instrumentos indispensáveis para toda e qualquer teoria que busque, em sua essência, resguardar a coerência e a segurança jurídica. Se o Direito não deve ser desmetodizado, a lógica jamais perderá lugar na argumentação jurídica. Com efeito, a resposta de um lógico deôntico às críticas dirigidas ao “formalismo” ou “logicismo” (e que não raro também lhes são lançadas) deve ser: se algo saiu errado com a conclusão, então culpem-se as premissas normativas, não a lógica (HENRY PRAKKEEN).<sup>39</sup>

JULIANO MARANHÃO cita a classificação de PEIRCE entre as três formas básicas (e independentes) de inferência que podem auxiliar (e de fato auxiliam) o itinerário de argumentação no Direito:<sup>40</sup>

	<b>Dedução</b>	<b>Indução</b>	<b>Abdução</b>
<b>Regra: Todo A que é B é C</b>	Premissa	Conclusão	Premissa
<b>Caso: A é B</b>	Premissa	Premissa	Conclusão
<b>Resultado: A é C</b>	Conclusão	Premissa	Premissa

PEIRCE ressalta que “a Dedução prova, que algo deve ser; a Indução mostra que alguma coisa *é realmente operativa*; a Abdução simplesmente sugere

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 243.

<sup>39</sup> Cfr. MARANHÃO, Juliano. *As lógicas...*, *op. cit.*, 12.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 12.

que alguma coisa *pode ser*.”<sup>41</sup> Dedução é um argumento logicamente válido: a conclusão é necessariamente verdadeira, dado que as premissas também o sejam.<sup>42</sup> Noutro lado, a conclusão de uma indução não é válida no mesmo sentido, mas as premissas fornecem-lhe algum grau de probabilidade, afirma JULIANO MARANHÃO, a quem esta inferência pode ser representada por meio do seguinte exemplo: “Com base na observação de que diferentes aves que voam, podemos concluir com determinado grau de probabilidade de que todas as aves voam.”<sup>43</sup>

A abdução, a seu turno, não traz nem uma conclusão necessária, nem uma ilação com suporte probabilístico, pois é tão-somente uma *hipótese* que possivelmente explica as premissas, vale dizer, a partir de uma observação ou resultado (ex: o chão está molhado) e uma regra ou teoria subjacente (ex: quando chove o chão se molha), levanta-se a hipótese mais ou menos plausível (ex: choveu).<sup>44</sup>

Como se vê, a lógica possui mecanismos plenamente aplicáveis a diversas situações jurídicas, podendo ser utilizada no auxílio de atividades judicantes e no aperfeiçoamento de investigações doutrinárias. Entretanto, a lógica não deve ser supervalorizada, como se fornecesse métodos e, além disso, concedesse soluções sem a intervenção do ser humano. Como diria EUGENIO BULYGIN, “grandes expectativas às vezes levam a grandes decepções”, e a lógica não pode ser considerada apta a fornecer respostas, pois estas são dadas por legisladores e juízes; também não pode ser subvalorizada, como se em nada auxiliasse na definição de conseqüências jurídicas ou na clarificação do caso concreto.<sup>45</sup> SUSAN HAACK assevera que a lógica para o Direito é algo, mas não

---

<sup>41</sup> PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990. p. 220.

<sup>42</sup> MARANHÃO, Juliano. *As lógicas...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>45</sup> BULYGIN, Eugenio. What Can One Expect from Logic in the Law? (Not Everything, but More than Something: A Reply to Susan Haack). *Ratio Juris*. v. 21, 2008. p. 154.

tudo.<sup>46</sup> A busca por esse algo é um dos objetivos mais instigantes da dogmática jurídica atual.

### 1.3 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E JUSTIFICAÇÃO

A teoria da argumentação se relaciona com a lógica jurídica. Após fazer esta afirmação, MANUEL ATIENZA aduz que a argumentação jurídica vai além da lógica, porque os argumentos jurídicos podem ser estudados também em uma perspectiva que não a da lógica (*p.ex.*, psicológica, sociológica ou raciocínio não-formal); por outro lado, a lógica vai além da argumentação, pois tem um objeto de estudo mais amplo, englobando a “lógica do direito” e a “lógica dos juristas”.<sup>47</sup> PERELMAN, em sua “nova retórica”, pretendeu acrescentar à lógica formal um campo de argumentação que, até aquele momento, havia escapado de qualquer esforço de “racionalização”, isto é, de argumentação prática.<sup>48</sup>

O desiderato de preservar os rigores da lógica e, ao mesmo, permitir a comunicação entre os seus fundamentos e os argumentos práticos, moveu grande parte dos autores que se debruçaram sobre a “teoria da argumentação jurídica”. Um caminho quase sempre percorrido, dentro dessa pretensão, consiste em dividir o raciocínio jurídico em dois planos. JERZY WRÓBLEWSKI chama de “justificação interna” o primeiro plano, referente à atividade de justificar dedutivamente a passagem de uma premissa normativa e de uma premissa fática, para uma conclusão normativa, procedimento este aplicável aos casos jurídicos simples, mediante processo de dedução. Nas situações em que a “justificação interna”, unicamente dedutiva, não consegue resolver o problema jurídico, torna-se necessário o processo de “justificação externa” (segundo plano), quando entra

---

<sup>46</sup> HAACK, Susan, On logic in the law: Something, but not all. *Ratio Juris*. v. 20, 2007. p. 03.

<sup>47</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação judicial*. São Paulo: Landy, 2002. p. 51-55.

<sup>48</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 130.

em jogo a teoria da argumentação e o questionamento acerca da escolha das premissas.<sup>49</sup>

Alguns poderiam entender a divisão do raciocínio em duas etapas (*two-stage conception*) como artificial, desnecessária no terreno das decisões substanciais, pois estas seriam resolvidas com base na justificação externa. ROBERT ALEXY rebate essa crítica e reconhece que a fórmula da subsunção possui um poder racional que não pode ser subestimado, constituindo, em primeiro lugar, a exigência mínima de racionalidade (*minimal requirements of rationality*) e, em segundo lugar, o ponto de partida para qualquer tentativa de realização – no contexto da justificação externa – de algo a mais do que o nível de racionalidade definido com essas exigências mínimas.<sup>50</sup>

### **1.3.1 Justificação interna**

Como se adiantou, a justificação interna é o caminho que vai da premissa normativa (premissa maior), dentro da qual deve ser subsumida a premissa fática (premissa menor), até ser deduzida uma conclusão válida. Com base nessa constatação, JOSÉ RENATO CELLA e CÉSAR SERBENA sustentam que quem aceita as premissas deve aceitar também a conclusão, ou, dito de outro modo, para quem aceita as premissas a conclusão delas decorrente está justificada. Nenhuma decisão jurídica pode prescindir desse tipo de justificação, todavia, essa justificação interna só é suficiente quando nem a norma, nem a comprovação dos fatos suscitam dúvidas.<sup>51</sup>

A justificação interna (ou justificação de primeira-ordem - *first-order justification* - no léxico de NEIL MACCORMICK), pode ser explicada da seguinte forma: (i) os órgãos jurisdicionais promovem “constatações de fatos” e essas, sejam corretas ou não, para os efeitos legais, contam como se fossem

---

<sup>49</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel. *As razões...*, *op. cit.*, p. 50-51.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. *On Balancing...*, *op. cit.*, p. 435.

<sup>51</sup> Cfr. SERBENA, Cesar; GRAZIERO CELLA, José Renato. A lógica deôntica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos. *Verba Iuris*. n.º 2 Curitiba: 2000. p. 121-2.

verdadeiras; (ii) reconhece-se que as normas legais podem ser expressas na forma “*se p, então q*”; (iii) os fatos constatados devem ser exemplos inequívocos de “*p*”; (iv) torna-se assim possível que, em determinadas circunstâncias, uma conclusão legal seja derivada de modo válido, por lógica dedutiva, a partir da proposição do direito e da proposição dos fatos que tenham servido de premissas.<sup>52</sup>

A maior lição que se infere da proposta de justificação interna encontra-se no reconhecimento de que as soluções jurídicas *podem* ser extraídas dedutivamente, sendo que este caminho, por mais que não seja imune a questionamentos, *pode* servir de início para qualquer empreitada argumentativa. A controvérsia, então, deixa de residir na aceitação do silogismo (e da dedução) na representação de toda e qualquer solução jurídica, para se situar na definição dos casos jurídicos que *podem* – e os que *não conseguem* – ser resolvidos por esse mecanismo.

O norte para a indicação dos casos que *podem* ser solucionados mediante a simples dedução reside: (i) no nível de complexidade probatória dos fatos que ensejam a aplicação da norma jurídica; (ii) na existência de mais de uma consequência jurídica possível para o caso concreto; (iii) na carga denotativa das previsões legais, a permitir a existência de mais de uma interpretação, em relação ao conteúdo e alcance do texto positivado.

Apesar da dificuldade, ROBERT ALEXY frisa que o itinerário de justificação interna não é vão, pois com base nele é possível aferir quais premissas têm de ser extremamente justificadas, a fim de que seja possível a análise e a crítica de regras que se dispõem como universais, facilitando-se assim a tomada de decisões, de maneira a contribuir com a justiça e a segurança jurídica.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Cfr. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 47.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 224.

### 1.3.2 Justificação externa

HUMBERTO ÁVILA, discorrendo sobre a existência de imunidade tributária nos “livros eletrônicos”, promove uma interpretação do artigo 150, VI, “d” da Constituição Federal, partindo da distinção entre justificação interna e justificação externa.<sup>54</sup> Segundo ele, uma parte da doutrina percorre o caminho dedutivo da justificação interna, das premissas até a conclusão, em um processo que se pode reproduzir da seguinte forma: “(a) os livros são protegidos pela imunidade; (b) todas as obras que veiculam idéias e são dispostas em seqüência lógica são livros; (c) o chamado ‘livro eletrônico’ consiste numa obra que veicula idéias e é disposta em seqüência lógica; (d) o ‘livro eletrônico’ é um livro; (e) o ‘livro eletrônico’ é protegido pela imunidade dos livros, jornais e periódicos.”<sup>55</sup> Noutra banda, para defender o não-enquadramento dos ‘livros eletrônicos’ no âmbito material da regra de imunidade, outros autores também se valem da justificação interna para concluir dedutivamente que: “(a) os livros são protegidos pela imunidade; (b) todas as obras encadernadas e ordenadas em folhas de papel são livros; (c) o chamado ‘livro eletrônico’ não consiste numa obra encadernada e ordenada em folhas de papel; (d) o ‘livro eletrônico’ não é um livro; (e) o ‘livro eletrônico’ não é protegido pela imunidade dos livros, jornais e periódicos.”<sup>56</sup>

HUMBERTO ÁVILA defende que o processo dedutivo, sem embargo de ser dotado de racionalidade, não consiste numa fundamentação completa, na medida em que as premissas resolutivas nas duas hipóteses apresentadas (premissas *b*), que decidem efetivamente sobre a interpretação — restritiva ou extensiva — do vocábulo livro, são meramente aplicadas na justificação interna. Não são, porém, fundamentadas, vale dizer, tanto a premissa “todas as obras que veiculam idéias e são dispostas em seqüência lógica são livros”, quanto a premissa “todas as obras encadernadas e ordenadas em folhas de papel são livros”, são aplicadas sem serem justificadas.

---

<sup>54</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de Direito Tributário*. n.º 79. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 163-165.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 163.

No seu ponto de vista, a justificação depende de argumentos: os argumentos são elementos de justificação racional da interpretação jurídica, cuja tarefa é, precisamente, fundamentar esse tipo de premissa. Entretanto, esse trabalho de fundamentação da premissa escolhida não ocorrerá no nível da justificação interna, mas sim, no plano da justificação externa, no momento em que são avaliados os argumentos empregados para decidir por uma interpretação em detrimento de outra(s).<sup>57</sup>

Esse raciocínio desenvolvido por HUMBERTO ÁVILA é sobretudo significativo para representar até que ponto a justificação interna pode ser usada, assim como a necessidade de um processo de justificação externa para os casos em que a dedução não consegue deslindar a controvérsia colocada em análise. NEIL MACCORMICK chama de justificação de segunda ordem (*second-order justification*) a esse procedimento que, para ele, tem lugar quando se esgotam as normas jurídicas sem que seja esgotada a necessidade de decisões jurídicas, nas hipóteses em que as normas não são claras, ou ainda, quando a correta classificação dos fatos pertinentes é questionável, ou mesmo quando há controvérsia quanto a existência de fundamento legal para alguma reivindicação ou decisão nos termos do direito positivo.<sup>58</sup>

Diante da analogia em relação às palavras JELLINEK, segundo as quais “não se abatem pardais disparando canhões”<sup>59</sup>, cumpre ressaltar que a justificação externa, assim como o itinerário de ponderação, não precisam ser invocados em situações triviais, cotidianas, em que a aplicação das normas jurídicas não encontra maiores dificuldades. Para esses casos, o procedimento de justificação interna é o mais recomendável.

De qualquer modo, a díade “justificação interna” e “justificação externa” é importante e será usada no desenvolvimento da presente investigação, sobretudo

---

<sup>57</sup> Cfr. ÁVILA, Humberto. *Argumentação...*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>58</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação...*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>59</sup> Cfr. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 17.

durante a discussão acerca da existência de casos fáceis e casos difíceis (cfr. item 2.1.2, *infra*).



## 2 CONSTITUCIONALISMO E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

### 2.1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS

A expressão “constitucionalização do ordenamento jurídico” não é de uso comum na linguagem dos juristas e a ela não se pode outorgar um significado unívoco e permanente, aponta RICCARDO GUASTINI, a quem a expressão pode referir-se, por exemplo, à introdução de uma primeira Constituição escrita em um ordenamento. Entretanto, na sua ótica, este conceito não proporcionaria interesse algum para a grande parte dos ordenamentos contemporâneos.<sup>60</sup> A idéia de uma constitucionalização pode, ainda, significar a inserção de temas e questões consideradas tradicionalmente infraconstitucionais na Constituição (formal ou material), em uma perspectiva configurada no texto constitucional brasileiro de 1988, quando assuntos relativos a Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito da Família, Direito Tributário, Direito Financeiro, entre outros, foram alçados a nível constitucional.<sup>61</sup>

Nada obstante, a face da constitucionalização que aqui interessa é aquela marcada pela “impregnação” de normas constitucionais em todo o ordenamento, mediante a existência e consideração de uma Constituição que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e as relações dos atores políticos.<sup>62</sup>

Esta constitucionalização, gerada a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição, tem o condão de irradiar efeitos jurídicos,

---

<sup>60</sup> GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. Mexico: UNAM, 2001. p. 153 e ss.

<sup>61</sup> Veja-se, a respeito: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 16-18; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, *op. cit.*, p. 498-500.

<sup>62</sup> “Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.” (GUASTINI, Riccardo. *Estudios...*, *op. cit.*, p. 153.)

especialmente dos seus direitos fundamentais, sobre todo o ordenamento. Esta particularidade está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se expande por todo o ordenamento, levando os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição, a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.<sup>63</sup>

Sem embargo de sua grande valia, essa empreitada possui efeitos colaterais. Institutos e categorias de direito privado passam a ser iluminados por valores constitucionais, perdendo, com isso, objetividade e clareza, pois podem ser interpretados a partir de princípios ou valores, de tal forma que se torna possível alterar-lhes sentido e alcance.<sup>64</sup> ROBERT ALEXY invoca o exemplo segundo o qual, “se a Constituição garante direitos, então muitas, ou até mesmo todas as decisões que restringem o direito de liberdade, devem ser entendidas como interferências em um direito constitucional, somente sendo admissíveis, portanto, se forem justificadas, e somente o serão, se forem proporcionais.”<sup>65</sup> Essa situação ilustra bem a “interferência” ocorrida no plano da infraconstitucionalidade quando direitos assegurados na Constituição são afetados, direta ou indiretamente. A dúvida reside na averiguação de quando essa leitura

---

<sup>63</sup> Cfr. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 215.

<sup>64</sup> “As causas do ‘fenômeno da constitucionalização’ estão intimamente relacionadas ao desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais no pós-guerra e à atuação decisiva do TCF, no sentido de ampliar sua proteção. A constitucionalização do ordenamento jurídico tem conseqüências imediatas para as relações jurídicas privadas. O direito das obrigações, por exemplo, ao sofrer a influência (*Ausstrahlungswirkung*) dos critérios e parâmetros constitucionais, acaba tendo que ser reinterpretado, justamente ‘à luz’ da Constituição. Cláusulas e institutos privados, como o da autonomia da vontade ou o princípio ‘*pacta sunt servanda*’ acabam sendo muito enfraquecidos, na medida em que o juiz, ao analisar o contrato, tem que avaliar a sua constitucionalidade, sob pena de, em não o fazendo, possivelmente violar direitos fundamentais.” (MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. *In: MARTINS, Leonardo. (org.). Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Editora da Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 95-96).

<sup>65</sup> “If the constitution guarantees constitutional rights, then many or even all legal decisions restricting the freedom of individuals have to be understood as interferences with constitutional rights. Interferences with constitutional rights are admissible, however, only if they are justified, and they are justified only if they are proportional.” (ALEXY, Robert. *On Balancing...*, *op.cit.*, p. 436).

constitucional de determinada previsão legal é cabível e quando ela é oportunista, criada apenas para distorcer o sentido de uma previsão infraconstitucional.

Com efeito, o aplicador do Direito possui a tarefa de divisar os casos nos quais a interferência constitucional se mostra *necessária, adequada e proporcional em sentido estrito* (deve-se fazer o juízo de proporcionalidade), daqueles casos em que a solução infraconstitucional não merece qualquer censura (constitucional) e, portanto, torna-se possível aplicá-la sem nenhuma intervenção. Essa diferenciação pode ser tratada dentro da distinção entre “justificação interna” e “justificação externa”, assim como também em razão dos conceitos de subsunção e ponderação, como se fará a seguir:

### **2.1.1 Subsunção, ponderação e concretização de direitos**

Afirma ROBERT ALEXY que há duas operações básicas na aplicação da lei: a subsunção e a ponderação. Enquanto a subsunção foi consideravelmente explicada nas últimas décadas, a ponderação ainda gera mais dúvidas do que respostas, a principal delas, se se trata realmente de um procedimento racional.<sup>66</sup> Quer parecer, entretanto, que o sentido e alcance do procedimento de subsunção ainda precisa ser discutido e a ponderação não pode ser considerada carente de critérios metodológicos, a ponto de ser chamada “arbitrária”.

Entende-se por subsunção a inserção de uma idéia particular sob a hipótese de uma idéia geral, procedimento que se vale do silogismo para permitir a “derivação lógica de um imperativo concreto a partir de um imperativo abstracto”, por exemplo, “todo o assassino deve ser punido com prisão perpétua; M é assassino; logo M deve ser punido com prisão perpétua”.<sup>67</sup> CESAR SERBENA destaca que “do ponto de vista dos fundamentos metodológicos da interpretação, a ‘subsunção’ não parece ser tão simples como aparenta. A relação das palavras

---

<sup>66</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *On Balancing...*, *op.cit.*, p. 433.

<sup>67</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 82-83.

com as coisas é um problema clássico da filosofia e, na expressão de RUSSEL, 'tão antigo quanto ARISTÓTELES'."<sup>68</sup>

A operação de subsunção foi muito desgastada pela doutrina, por meio de questionamentos que também atacavam o formalismo no Direito e a logicização da norma jurídica. A subsunção, para os críticos, não seria capaz de tratar da complexidade do fenômeno jurídico, mormente em um panorama normativo de relacionamento entre regras e princípios. Neste contexto, o reconhecimento de que os casos concretos não seriam necessariamente subsumíveis a uma única previsão legal, pré-delineada, embasou o entendimento de que a subsunção não se prestaria para representar a inteligência jurídica.

Nas palavras de ALEXY, é fácil de ver que a aplicação do direito positivo não se exaure em uma dedução subsuntiva. Isto porque é possível a existência de outra norma se mostrando aplicável e requerendo outra solução para o mesmo caso concreto. Por outro lado, freqüentemente metarregras [*meta-rules*] como *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori*, ou *lex specialis derogat legi generali* são necessárias para interpretação/aplicação, oportunidade em que, para se chegar a uma solução, deve-se fazer uma segunda subsunção sob o crivo destas metarregras, por meio de um procedimento que se poderia chamar metassubsunção [*meta-subsumption*].<sup>69</sup>

Conquanto esteja comprometida a proposta de uma subsunção que sempre encontra no direito positivo exatamente, e univocamente, a solução normativa, em razão da evolução do pensamento jurídico, é certo que a utilização da subsunção pode ser readequada a fim de que possa coexistir com outros mecanismos hermenêuticos. ALEXY caminha nesse sentido e desenvolve uma teoria na qual os conflitos normativos podem ser resolvidos por metassubsunção (segundo nível), sem prejuízo da permanência da subsunção para as aplicações jurídicas (primeiro nível), importa dizer, "muitos casos podem ser solucionados

---

<sup>68</sup> SERBENA, Cesar. *Lógica e direito: elementos para uma reconstrução formal do raciocínio jurídico*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2002. p. 24.

<sup>69</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *On Balancing...*, *op.cit.*, p. 434.

pelos simples sentidos da subsunção. Os casos difíceis, todavia, são definidos pelo fato de que há razões tanto a favor como contra qualquer resolução levada em consideração. Muitas dessas colisões de razões devem ser resolvidas através da ponderação.”<sup>70</sup>

A subsunção e a metassubsunção devem ser utilizadas para a interpretação de casos simples, ou para o deslinde de conflitos menos complexos, enquanto que a ponderação deve ser invocada para o desfecho de casos difíceis [*hard cases*]. Abstraindo estes casos-limite, o teor literal do direito positivo não é nem unívoco nem absolutamente vago, muito pelo contrário, “ele indica *espaços de ação metodicamente domináveis*, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado.”<sup>71</sup>

Permanecem as críticas contra a falta de racionalidade no processo de ponderação, ao argumento de que este instrumento serviria ao arbítrio, para a desconsideração das previsões legais do direito positivo.<sup>72</sup> Dentro do arcabouço de valores colocados em choque na ponderação, aquele mais pesado significa o mais razoável [*Weighing More = Being More Reasonable Than*]<sup>73</sup>, *i.e.*, a ponderação deve se aproximar da teoria da argumentação e da busca por um discurso racional na escolha de um princípio em detrimento de outro. Tratar da ponderação como parte da teoria da argumentação jurídica, e manter as possibilidades aplicativas da subsunção, constitui um caminho revestido de lógica

---

<sup>70</sup> “The are, of course, many cases that can be solved simply by means of subsumption. Hard cases, however, are defined by the fact that there are reasons both for against any resolution under consideration. Most of these collisions of reasons have to be resolved by means of balancing.” (ALEXY, Robert. *On Balancing...*, *op.cit.*, p. 435).

<sup>71</sup> Cfr. MÜLLER, Friedrich. *Direito...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>72</sup> “Na opinião de FRIEDRICH MÜLLER (*Die Einheit der Verfassung*, 1979, pág. 199), a prática da ponderação de bens conduziria a ‘juízos de valor subjectivos de uma justiça do caso, a qual poderia ser, nos quadros do Estado de Direito, subsequentemente generalizada’. ‘Ponderação’ ofereceria ‘um padrão linguístico cómodo que, de modo excessivamente ligeiro, trata de passar por cima dos textos normativos em causa e dos dados linguísticos que os concretizam’, bem como da consideração dos domínios normativos em questão”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 576.”

<sup>73</sup> PECZENIK, Aleksander. Coherence Theory of Juristic Knowledge. *In: On Coherence Theory of Law*. Lund: Juristfoerlaget, 1998. p. 11.

e coerência, apto a tratar da complexidade jurídica, entre *easy cases* e *hard cases*.

### 2.1.2 *Hard cases* e *easy cases*

Como aponta RONALD DWORKIN, a expressão *hard case* refere-se aos casos difíceis para os quais não há uma regra clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, que sirva de base para orientar a decisão.<sup>74</sup> Por outro lado, os *easy cases* seriam os casos fáceis, “em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser ‘automático’”, ou seja, “são apenas os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios.”<sup>75</sup>

A dicotomia *hard case* e *easy case* surgiu por ocasião do debate travado entre HART e DWORKIN acerca da existência (ou não) de discricionariedade do julgador na solução de casos difíceis. Para DWORKIN, mesmo que não haja um precedente específico ou uma lei aplicável, o julgador não deve criar novos direitos por meio de um raciocínio discricionário, pois baseado na figura do Juiz Hércules, sempre existiria um caminho para se alcançar uma única resposta correta para os casos difíceis.<sup>76</sup> HART, a seu turno, entende que ao Juiz é outorgado um poder discricionário para o julgamento de casos difíceis, consoante o qual, ao decidir, “a [sua] conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional.”<sup>77</sup>

Existe uma tendência atual na doutrina de se fazer alusão a *hard cases* para defender a reformulação de toda a teoria jurídica, justamente para tratar dessa “nova categoria”, para a qual as teorias tradicionais não dariam conta de

---

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127 e ss.

<sup>75</sup> HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 137.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 165-166.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 140.

compreendê-la. Mas nos questionamos a respeito da quantidade de casos difíceis, mesmo em se tratando de direitos afetados por previsões constitucionais. Haveria a necessidade de uma reviravolta na teoria jurídica, passando ao largo da existência de casos simples e olvidando do poder do silogismo jurídico? O próprio DWORKIN responde, ao sustentar que a Constituição “é direito e, como todo o direito, está fundada na história, na prática e na integridade. A maioria dos casos jurídicos (incluindo a maioria dos casos constitucionais) não são casos difíceis.”<sup>78</sup>

Em realidade, as regras ordinárias de experiência demonstram que não são tão freqüentes os dilemas morais nas discussões jurídicas e tampouco as controvérsias judiciais deixam de ser resolvidas unicamente por meio da aplicação dos métodos tradicionais de solução de antinomias. A pedra-de-toque dessa celeuma talvez se encontre no reconhecimento da existência de casos “problematizáveis”, de forma contingente, não-necessária. Todo o caso jurídico é potencialmente problematizável, questionável no bojo da argumentação jurídica, porém o grau de dificuldade no desfecho desta possível lide reside: (i) na interferência ou não de direitos constitucionais; (ii) na existência de dilemas morais<sup>79</sup>; (iii) na configuração dos fatos invocados para a aplicação da norma jurídica (fatos constitutivos); (iv) na eficiência e competência dos participantes da argumentação jurídica na articulação dos pontos importantes para causa; (v) na complexidade das antinomias entre normas jurídicas aplicáveis.

Inexiste uma diferença *qualitativa* entre *hard cases* e *easy cases*, sobretudo porque geralmente não se pode distinguir *a priori* os casos “fáceis” dos “difíceis”. Uma situação concreta pode parecer *prima facie* fácil, mas a discussão travada em torno de seu conteúdo a torna difícil, ao passo que um caso, *primo icto*

---

<sup>78</sup> “(...) nuestra constitución es derecho y, como todo derecho, está anclada en la historia, la práctica y la integridad. La mayoría de los casos jurídicos (incluso la mayoría de los casos constitucionales) no son casos difíciles.” (DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (coord.). *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 111).

<sup>79</sup> Acerca da relação entre direito e moral, v.: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho*. La Polémica sobre la Relación entre Derecho y Moral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001. *passim*.

*oculi*, difícil (p.ex., um dilema moral), pode quedar-se “facilitado” a partir da formação de consensos interpretativos.

É possível dizer que a inserção de princípios na argumentação torna o “caso mais difícil”, na medida em que a solução jurídica pode ser alterada por conta da força normativa de seus conteúdos axiológicos. Seria lícito, ademais, falar em “problematização do caso a partir dos intérpretes”, e não somente da situação concreta em si. Os casos difíceis, se fossemos situá-los, haveríamos de apontá-los preponderantemente no nível das normas jurídicas, das interpretações/concretizações, e não no direito positivo.

Possivelmente por isso DWORKIN não tenha criado a figura do “Legislador Hércules”, como aquele que poderia criar previsões legais à margem de qualquer divergência, unívocas, amoldadas ao passado e com as intenções deixadas às claras. A dificuldade – e o poder mítico capaz de saná-la – encontram-se nas mãos daqueles que interpretam o direito positivo, não dos que o criam legislativamente.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> Klaus Günther faz referência a uma “norma perfeita”, para definir os requisitos indispensáveis um produto legislativo imune a críticas: “Una norma estará pues fundamentada si cada individuo puede aprobarla con razones. Para que realmente sólo la fuerza de las razones y ningún otro motivo logre validez, se tiene que poder suponer que se cumplen determinadas condiciones idealizadas de la argumentación. A estas condiciones pertenecen, aparte de las reglas de consistencia semántica y lógica que valen para todos los tipos de fundamentaciones, así como ciertas reglas para ordenar las contribuciones de los interlocutores, la posibilidad de participación libre e igual de todos los afectados. Sólo bajo este presupuesto mencionado anteriormente ha de esperarse un consenso motivado racionalmente de modo no coactivo. Por medio de esta condición se asegura la reciprocidad universal de la validez de la norma. Forma parte de estas condiciones ideales que los participantes puedan disponer de un saber ilimitado y de un tiempo infinito. Con estos presupuestos los participantes en el discurso deben poder prever las consecuencias y efectos laterales de un seguimiento general de la norma por cada cual en una posible situación de aplicación. El saber no estará limitado a algunos tipos de situaciones que podamos dominar en el momento actual, y que podemos utilizar de modo ilustrativo en el discurso para mostrar cuáles serán las consecuencias y efectos secundarios que probablemente van a surgir en caso de un seguimiento general de la norma. Más bien debe hacerse presente toda posible situación de aplicación con todos sus posibles rasgos, esto es, una descripción completa. Sólo si se puede suponer que esta condición se cumple, se encuentra cada participante individual en la situación de juzgar en cada situación particular los efectos de un seguimiento general de la norma para sus intereses particulares. No habría tampoco, pues, una «situación de aplicación» que fuera diferente de estas situaciones a las que se refiere un participante en un discurso de fundamentación de una pretensión de validez; ambas magnitudes son coextensivas. Una norma fundamentada de tal manera sería «perfect».” (GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación



## 2.2 CONCRETIZAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

PAOLO COMANDUCCI, em uma perspectiva conceitual, entende a interpretação dos enunciados jurídicos como um processo, uma atividade para além de um simples ato singular, construída em diferentes etapas através da seguinte seqüência: (i) em uma primeira etapa, a interpretação estaria construída pela identificação do enunciado como entidade de uma linguagem, ou seja, seria uma identificação lingüística do enunciado; (ii) a segunda etapa seria constituída pela identificação do enunciado como uma norma, em virtude de seu caráter prescritivo, mediante a sua identificação pragmática; (iii) a terceira etapa seria configurada pela identificação da norma como princípio ou como regra; (iv) finalmente, a quarta etapa seria constituída pela identificação do sentido, ou como COMANDUCCI prefere, *pela atribuição de sentido à norma*, seja ela princípio ou regra. Esta quarta etapa pode ser subdividida em subetapas, consistentes em eventuais mudanças de significados prévios dos enunciados (pela doutrina ou pelos órgãos jurisdicionais), em razão de reinterpretações sucessivas das figuras normativas à luz do sentido atribuído a outras “normas” do ordenamento, que também concorrem para a regulação do caso concreto.<sup>81</sup>

Este caminho há de ser seguido porque permite o relacionamento entre a hermenêutica jurídica e a teoria da argumentação, duas categorias jurídicas que se completam no processo de concretização. Nada obstante, sem aprofundar a distinção entre regras e princípios<sup>82</sup>, pretende-se investigar o papel da hermenêutica e da teoria da argumentação diante da possível indeterminação provocada pela utilização de espécies normativas dotadas de grande vagueza e abstração.

---

jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n.º 17-18, p. 278-279).

<sup>81</sup> Cfr. COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n.º 21-II. 1998. p. 92.

<sup>82</sup> Sobre o tema, no direito brasileiro, v., especialmente: BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, *op. cit.*, p. 255-294; ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 26-75; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio...*, *op. cit.*, p. 131-189; BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Direito Constitucional. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Interesse Público*. n.º 19, Porto Alegre: 2003. p. 44-50.

### **2.2.1 O problema da indeterminação do Direito**

Para HABERMAS, “todas as normas vigentes são *naturalmente* indeterminadas, inclusive aquelas cujo componente ‘se’ explicita a tal ponto as condições de aplicação, que elas somente podem encontrar aplicação em poucas situações típicas padronizadas e muito bem descritas (e podem encontrar aplicação sem dificuldades hermenêuticas).”<sup>83</sup> No seu modo de pensar, em um discurso de aplicação, importante será a *relação adequada* da norma à *situação*, uma vez que toda a norma jurídica abrange “apenas determinados aspectos de um caso singular, situado no mundo da vida”, sendo “preciso examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas *prima facie* é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significantes.”<sup>84</sup>

A constatação de que diferentes intérpretes podem produzir normas jurídicas diversas, a partir de um mesmo texto, leva à reflexão acerca de temas como segurança jurídica, previsibilidade do direito positivo e a própria existência de direitos “fora do âmbito judicial”. KLAUS GÜNTHER, nesse ponto, levanta o problema segundo o qual “se toda norma válida depende de uma complementação coerente através de todas as outras, numa situação de normas aplicáveis, então o seu significado se modifica em cada situação”, motivo pelo qual passaríamos a “depende da história, uma vez que é ela que produz as situações imprevisíveis que nos obrigam a uma interpretação respectivamente diferente da quantidade de todas as normas válidas.”<sup>85</sup>

Diante desse paradoxo, HABERMAS problematiza o conceito de segurança jurídica - entendido como conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas -, para entendê-lo como algo que

---

<sup>83</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Sienbeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 269.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 270-271.

<sup>85</sup> GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit*. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht. Frankfurt: Suhrkamp, 1988, p. 300, *apud* HABERMAS, Jürgen. *Direito...*, *op. cit.*, p. 272. Consulte-se, também: GÜNTHER, Klaus. Un concepto..., *op. cit.*, *passim*.

pode ser contraposto a outros princípios, de maneira que a teoria do direito possibilitaria unicamente “decisões corretas”, que garantem a segurança jurídica *num outro nível*. Isto se daria por meio de direitos processuais que assegurariam a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, dentro do qual existiria uma “clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários.”<sup>86</sup>

HABERMAS assume uma concepção “procedimentalista do direito” e defende a idéia de uma “compreensão jurídica paradigmática”, que se vale de paradigmas para formação de um pano de fundo conceitual, visando diminuir a complexidade da tarefa do aplicador, restringindo o seu objeto, mediante a utilização de paradigmas *fechados* que se estabilizariam “através de monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas próprias (...).”<sup>87</sup>

A existência de um grau de indeterminação, contudo, não pode significar a falta de parâmetro normativo no direito positivo e tampouco a impossibilidade de extração de soluções jurídicas, mesmo que *prima facie*, para assegurar previsibilidade e para permitir a regulação das condutas intersubjetivas. A preocupação com a concretização do direito positivo, longe de deixá-lo em segundo plano, há de procurar meios de efetivá-lo e ordená-lo em consonância com a segurança jurídica e de uma forma que valorize a discussão empreendida pelas partes no processo de argumentação.

Adiante (item 5.3, *infra*), será investigada a importância dos precedentes jurisprudenciais enquanto verdadeiros paradigmas normativos, bem como será analisado o papel da derrotabilidade na formação (e na dissolução) de consensos judiciais. Serão vistos, ademais, os instrumentos criados pelo legislador para conceder vinculação e estabilidade às decisões, a fim de que o grau de indeterminação no Direito seja reduzido.

---

<sup>86</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito...*, *op. cit.*, p. 273-274.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 274-275.

### 2.1.2 *Universalismo versus particularismo*

Este debate caminha para o centro da celeuma que envolve *universalistas* e *particularistas*, a respeito do alcance e sobre a fonte de relevância das razões. MARÍA CRISTINA REDONDO, ao comentá-la, afirma que no universalismo a relevância das razões é uniforme, invariável e, portanto, universal, uma vez que estas razões possuem a sua fonte em normas e estas são o conteúdo de condicionais universais (quantificados universalmente), pelos quais se correlacionam a presença de certas propriedades ou circunstâncias com determinadas conseqüências deônticas.<sup>88</sup>

Noutro lado, o particularismo consiste na proposta consoante a qual a existência de razões “é sempre relativa a um caso concreto e não há normas universais”, pois “qualquer propriedade, conforme seja a situação individual, pode tornar-se relevante, *i.e.*, pode constituir uma razão, no entanto, esta relevância será sempre contextual e, neste sentido, particular.”<sup>89</sup>

MARÍA CRISTINA REDONDO nega a possibilidade de uma compatibilização entre universalismo e particularismo mediante a inserção de exceções nas razões universais, porque, na sua ótica, afirmar que “uma norma existe, ou é aplicável, em um caso concreto, mas que este caso individual justifica a introdução de uma exceção, *i. e.* admite que há uma exceção contextual que

---

<sup>88</sup> REDONDO, María Cristina. Razones y normas. In: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime (coord.) *Racionalidad y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 76.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 76-77. Juan Carlos Bayón conceitua o particularismo jurídico como equivalente ao particularismo moral, doutrina conhecida e muito estudada na filosofia moral: “El particularista (jurídico o moral) impugna la idea misma de que la justificación consista en subsumir supuestos particulares bajo criterios generales. Su lema, por el contrario, es que el peso de cualquier razón (o incluso el que sea una razón) es irreductiblemente «dependiente del contexto» o «relativo al caso concreto » (Hage 1997, p. 116), es decir, algo que depende, de un modo que escapa a cualquier intento de articular condicionales cuantificados universalmente, de todos los demás rasgos presentes (o ausentes) en cada situación particular. Lo que, supuestamente, haría necesaria una peculiar capacidad de «juicio» o «discernimiento» que habría que ejercer en el caso concreto para poder alcanzar la respuesta (jurídica o moral) correcta, una presunta «sensibilidad» que consistiría, en palabras de Dancy, en «ser capaz de distinguir lo correcto caso por caso» (Dancy 1993, p. 64). Así pues, la operación de ponderar habría de concebirse en el ámbito jurídico precisamente como el ejercicio de esa suerte de discernimiento acerca de la situación concreta, que habría de conducirnos directamente, sin pasar por inferencia subsuntiva alguna, a la respuesta jurídica correcta sobre el caso individual. (BAYÓN, Juan Carlos. ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. v. 24, p. 56-57).

emerge a partir das características da situação individual, é autocontraditório”, pois seria como “admitir que não existe uma norma que regula o caso, ou que a norma não é aplicável a ele.”<sup>90</sup>

Ocorre, entretanto, que as coisas não são tão simples. Um modelo condicional pode ser sintaticamente (e semanticamente) bem formado, de modo a impor a conseqüência jurídica quando presentes os fatos previstos no antecedente, contudo, em termos pragmáticos, este condicional pode ser *mal formado*. Utilizando-se o padrão condicional, uma sentença como “se faz calor, então Platão é grego” é capaz de ser deduzida a partir de um conjunto de premissas, podendo ser considerada bem formada sintaticamente e semanticamente. No entanto, esta sentença encontra-se *pragmaticamente* mal formada, pois não possui sentido e tampouco coerência. Nesses casos, fala-se que a interpretação se mostra dependente da *inferência pragmática* que o intérprete constrói com a ajuda do contexto.<sup>91</sup>

Em termos jurídicos, poderia ser criado o condicional (1) “Se ocorrido o fato gerador instituído pelo regulamento da Receita Federal, então deve ser a exigência do tributo”, de forma concomitante ao condicional (2) “Se for feita uma cobrança tributária, então deve ser por meio de Lei (princípio da legalidade)”. Para a existência universal, sintático-semântico, do condicional (1), não se mostra necessária a existência (e a análise) do condicional (2). Autonomamente o condicional (1) é perfeito e pode ser inferido. Entretanto, cotejando-se o condicional (1) com o condicional (2), ter-se-ia uma inferência que se poderia chamar “*pragmaticamente mal formada*”, pois as conclusões são incompatíveis dentro do contexto. Da mesma forma, se a alíquota deste tributo for progressiva e nele existem faixas mais altas, no importe de 80% por exemplo, este condicional não será compatível com o princípio do não-confisco e a inferência (1) será considerada *pragmaticamente mal formada*.

---

<sup>90</sup> REDONDO, María Cristina. Razones..., *op. cit.*, p. 91.

<sup>91</sup> Cfr. OTHERO, Gabriel. Sobre a relação entre antecedente e conseqüente em proposições com operadores condicionais. *Revista Signo*. v. 32, 2007. p. 94.

Ressalte-se, portanto, que “a expressão *se P... então Q* não garante *per se* uma relação de sentido entre P e Q; a semântica do condicional deve ser implementada por seus efeitos pragmáticos, por seu uso no contexto. Mas isso não pode ser visto como uma generalização banalizada”, uma vez que este raciocínio “não significa que é *apenas* no contexto de uso que poderemos entender o sentido de uma proposição com condicional.”<sup>92</sup> Esta seria, pois, a correlação entre *universalistas* e *particularistas*.

Sendo assim, seria factível falar em uma norma “universalmente bem formada”, porém “particularmente mal formada”, a partir desta concepção que une argumentos universalistas e particularistas. A norma jurídica continuará aplicável mesmo sem ser contextualizada ou cotejada com outros argumentos/normas/razões, mas isso não tolhe a possibilidade de que ela venha a ser analisada *pragmaticamente* em termos particularistas.

Em realidade, um condicional normativo sintaticamente e semanticamente bem formado pode ser objeto de subsunção, de maneira capaz de regular o caso concreto por iniciativa do intérprete. A análise pragmática, por outro lado, pode encontrar problemas na significação da norma, no âmbito da “justificação externa”, inclusive com a possibilidade de configuração de *hard cases*. Os operadores do Direito – especialmente os Juízes - devem lidar com esta tensão, sempre visando resguardar a segurança jurídica em detrimento da indeterminação.

Note-se que nem todo exame pragmático culminará na constatação de má formação do condicional normativo. De modo contingente e não necessário, o condicional pode ser bem formado sintaticamente, semanticamente e pragmaticamente. Por isso, a pragmática é um caminho que está aberto para o intérprete, cabendo-lhe a missão de percorrê-lo quando possível juridicamente; este trajeto pode, então, confirmar ou infirmar a boa formação integral da norma.

---

<sup>92</sup> OTHERO, Gabriel. Sobre..., *op. cit.*, p. 97.

## 3 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA DERROTABILIDADE

### 3.1 REFERÊNCIAS TEÓRICAS E PRESSUPOSTOS

O estudo da derrotabilidade impõe a reflexão sobre os pressupostos teóricos que lhe são inerentes. Nesse capítulo, haveremos de situar a derrotabilidade em seu contexto histórico, desde a sua idealização na obra de HART, passando pelos seus conceitos e atributos, até chegarmos aos modernos embates acerca da lógica que lhe é aplicável. Frise-se que a derrotabilidade não será investigada como uma nova categoria jurídica, mas como um fenômeno empiricamente verificável, pelo qual certas categorias jurídicas (como incidência, aplicação, antinomias, lógica deôntica, entre outras) receberão um colorido diferente.

#### 3.1.1 Histórico

O conceito de derrotabilidade (*defeasibility*) surgiu no artigo de HERBERT HART intitulado *The Ascription of Responsibility and Rights*<sup>93</sup>, a partir do reconhecimento da existência de condições que poderiam derrotar a previsão de uma norma jurídica, mesmo estando presentes os seus requisitos *necessários* e *suficientes*. Segundo a original idéia de HART, “quando o estudante aprende que na lei inglesa existem condições positivas exigidas para a existência de um contrato válido, ele ainda tem que aprender o que pode derrotar a reivindicação de

---

<sup>93</sup> A respeito da criação da derrotabilidade por Herbert Hart, v.: PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*. v. 17, 2004. p. 118-139; BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. n.º 13, p. 90; PAZOS, María Inés. Derrotabilidad sin indeterminación. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n.º 25. 2002, p. 441; CHERRY, Christopher. The limits of defeasibility. *Analysis*. n.º 34, 1974, p. 101; MACCORMICK, Neil. Defeasibility in law and logic. In: *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer, 1995. p. 100; HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. *Artificial Intelligence and Law*. n.º 11, p. 222. Segundo Ronald Loui, nesse artigo de Hart há talvez a primeira menção clara sobre a derrotabilidade e onde foi levada a cabo a introdução técnica do termo: “Hart’s ‘Ascription of Responsibility and Rights’ is where we find perhaps the first clear pronouncement of defeasibility and the technical introduction of the term.” (LOUI, Ronald P. Hart’s Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism. In: *Proceedings of the Fifth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. New York: ACM Press, 1995. p. 21).

que há um contrato válido, mesmo quando todas essas condições são satisfeitas”, daí porque, “o estudante tem ainda que aprender o que pode seguir as palavras ‘a menos que’, as quais devem acompanhar a indicação dessas condições”.<sup>94</sup>

A derrotabilidade, na concepção hartiana, assume a impossibilidade de estabelecimento de uma lista de condições *necessárias* e *suficientes* para a aplicação do direito, porque somente seria possível elencar as suas exigências *normais* ou *típicas*, das quais obrigatoriamente deveria seguir a cláusula “a menos que...”, relativa a exceções que não poderiam ser antecipadas, e caso ocorressem, teriam o condão de derrotar a regra geral.<sup>95</sup> HART modificou o seu pensamento anos mais tarde, especialmente quando escreveu o livro *O Conceito de Direito*, onde desenvolveu a lição segundo a qual uma regra que conclui com a expressão “a menos que...” continua sendo uma regra.<sup>96</sup>

Por mais que a relação regra/exceção não seja nova na filosofia das ciências<sup>97</sup>, a obra de HART tem um valor histórico para o Direito, sobretudo pela proposta consoante a qual a presença de uma exceção pode fazer com que, mesmo preenchidos os requisitos *necessários* e *suficientes* da norma jurídica, os

---

<sup>94</sup> “When the student has learned that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract, he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied. The student has still to learn what can follow on the words ‘unless’, which should accompany the statement of these conditions.”. (HART, Herbert L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. *In: Proceedings of the Aristotelian Society*. v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. p. 171-194, republicado em *Logic and Language*. Oxford: A.G.N.Flew ed. 1951. p. 145-166).

<sup>95</sup> Cfr. BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad..., *op. cit.*, p. 90-91.

<sup>96</sup> HART, Herbert L. A. *O Conceito...*, *op. cit.*, p. 153. Sobre a regra “a menos que...” em Hart, v.: CARRIÓ, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 59.

<sup>97</sup> Segundo Nicola Abbagnano, “apesar de se encontrarem na Antigüidade alguns vestígios de uma ética da exceção, como a expressa por Cálicles em *Górgias* e por Trasímaco em *A República* de Platão, ou seja, de uma ética que não vale para ‘a maioria’ (*oi polloi*), é só na filosofia contemporânea que o caráter da ‘excepcionalidade’ assume não só importância moral ou religiosa, mas também ontológica e metafísica. Esse foi um tema introduzido por Kierkegaard e por Nietzsche; em *Temor e tremor*, o primeiro insistiu no caráter de ‘exceção justificada’ que o eleito de Deus representa em relação à lei moral (como é o caso de Abraão); o segundo insistiu no caráter de excepcionalidade do super-homem, a quem a ‘vontade de potência’ confere um destino que foge a qualquer regra. Dos existencialistas, foi Jaspers quem insistiu na ‘excepcionalidade da existência’, que é sempre individual, singular, inconfundível e, por isso, não pode tornar-se objetiva e submeter-se a limites ou normas (*Phil*, II, 1932, p. 360).” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 397).



seus efeitos jurídicos podem não se dar ou podem quedar-se afastados. Muitas vezes, Advogados, Promotores e Juízes, consciente ou inconscientemente, defendem uma solução excepcional a determinado caso concreto, ou seja, por meio de uma forma diversa daquela prevista literalmente no direito positivo para aquela situação, promovendo, assim, a derrotabilidade da resposta oferecida pelo legislador. Pode-se dizer que na prática o fenômeno é cotidiano, trivial nas controvérsias processuais, entretanto, não havia até aquele momento nenhuma teoria que assinalasse para a existência de uma cláusula de exceção na estrutura da regra jurídica.

A seguir, serão elencadas as hipóteses de derrotabilidade, nos níveis abstrato e concreto, para que o conceito possa ser familiarizado por meio de exemplos.

### **3.1.2. Hipóteses de derrotabilidade (níveis abstrato e concreto)**

Sobre o ambíguo e vago signo “derrotabilidade” repousam variadas significações, circunstância que dificulta a construção de uma teoria geral sobre o tema. Um primeiro passo a ser dado na tentativa de teorização consiste na enumeração das principais propriedades atribuídas à derrotabilidade, para que seja possível estudar o “*processo*” através dos seus potenciais “*produtos*”. JORGE LUIS RODRÍGUEZ e GERMÁN SUCAR realizaram o levantamento dos principais aspectos outorgados à derrotabilidade, em uma análise crítica acerca da questão.<sup>98</sup> São estes os onze principais “*fatos geradores*” de derrotabilidade:

1. A interpretação que se atribui a um enunciado jurídico em um certo momento pode ser diferente em relação a que se atribui em um outro momento, de modo que a norma por ele expressada passe a compreender casos que antes não eram compreendidos ou deixe de resultar aplicável a casos antes compreendidos.

---

<sup>98</sup> No artigo intitulado “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, publicado originariamente em COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (coord.). *Análisis e diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analítica*. Turim: Giappichelli, 1998. p. 277-305 e republicado em BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003. p.103-153.

2. Pode-se promulgar no sistema novos enunciados jurídicos que substituam a solução normativa estabelecida para um caso, ao introduzirem exceções antes não contempladas.
3. O conteúdo conceitual de um enunciado jurídico não pode ser precisado sem considerar-se o contexto no qual é formulado. Outros enunciados do sistema podem permitir exceções na norma por ele expressada.
4. Os enunciados jurídicos estão sempre sujeitos ao problema da textura aberta da linguagem, razão pela qual resta ineliminável um grau maior ou menor de incerteza a respeito da aplicabilidade de uma norma com relação a um caso particular.
5. Ao legislar, uma autoridade legislativa não pode considerar mais do que os casos normais, mas sempre pode pensar em casos reais ou imaginários atípicos que mereçam uma solução diferenciada. Por isso as obrigações e direitos consagrados em normas gerais devem ser entendidos como sujeitos a exceções implícitas.
6. Por ser o uso primário dos conceitos jurídicos adscritivo e não descritivo (isto é, que não podem validar-se em função da informação fática trazida em seu apoio), não se pode enquadrar os fatos dentro do alcance dos conceitos jurídicos em termos de condições necessárias e suficientes. Por isso um juiz, ao qualificar uma situação mediante um conceito jurídico, como por exemplo o de “contrato”, possui uma margem não eliminável de discricionariedade. Ele não descreve o fato de que algo seja um contrato em função de certas características empíricas identificáveis, mas adscrive a algo a qualidade de ser um contrato.
7. Qualquer norma jurídica pode restar derrotada em sua aplicação a um caso particular levado ao conhecimento de um órgão jurisdicional, com fundamento no preceituado em uma norma moral reconhecida por tal órgão, se este reputa injusta a solução normativa derivada do sistema jurídico.
8. A norma geral que um órgão jurisdicional invoca como fundamento de validade da norma por ele criada para a resolução de um caso, não somente serve para convalidar essa norma individual efetivamente adotada, mas também toda uma classe de soluções igualmente válidas.
9. Para se determinar a qualificação normativa de certa conduta de um sujeito em um caso particular, é necessário descrever a situação em que ele se encontra. Diferentes descrições podem determinar diferenças na qualificação normativa. Como não há uma descrição que pode considerar-se “verdadeira” ou “completa”, sempre é possível que, em uma situação na qual se crê ser o sujeito detentor de uma obrigação, contenha-se ademais alguma particularidade que torne operativa uma exceção.
10. No ponto anterior se supõe informação completa. Todavia, nossa informação acerca da realidade é sempre incompleta. Quando formulamos juízos normativos a respeito de casos particulares, somente podemos emitir juízos derrotáveis, pois uma maior informação poderia derrotá-los.
11. Qualquer pretensão formulada perante um juiz, com base no disposto em uma norma geral, pode ser derrotada pela parte contrária, se esta demonstrar que no caso em questão concorre uma exceção que também encontra apoio em uma disposição do sistema.

Sem embargo da falta de univocidade do termo “derrotabilidade”, é possível afirmar a existência de um núcleo comum atribuído ao seu conceito, consistente na idéia segundo a qual a conseqüência da norma jurídica pode ser derrotada, afastada, não-aplicada, em razão da existência de um fato, interpretação ou circunstância com ela incompatível. Em termos processuais (cfr., capítulo 5, *infra*), pode-se falar em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos capazes de infirmar a norma “*prima facie*”, derrotando-a a fim de permitir a aplicação de uma norma excepcional, diferente daquela prevista *a priori* a partir da literalidade textual.<sup>99</sup>

Dessarte, esta lista demonstra uma série de hipóteses em que a norma jurídica pode ser derrotada, normativa ou facticamente; não se trata, no entanto, de uma lista taxativa ou cerrada, pois diante das plúrimas perspectivas do fenômeno jurídico, podem surgir novas possibilidades de afastamento da solução *prima facie*.<sup>100</sup> Adiante, serão aglutinados em quatro subgrupos as hipóteses de derrotabilidade (item 4.1.2, *infra*).

---

<sup>99</sup> No mesmo sentido, Juliano Maranhão expõe os reflexos da derrotabilidade no âmbito jurídico: “A derrotabilidade ou não-monotonicidade manifesta-se de diferentes formas no raciocínio jurídico. Primeiro, uma solução normativa pode ser obstruída na medida em que novas evidências mostrem que não vale uma conclusão fática acerca da ocorrência, no caso, da *facti specie* normativa. Nesse caso, podemos falar de derrotabilidade fática, que nada mais é do que um reflexo da ambigüidade e incerteza acerca dos fatos relevantes para um caso jurídico. Segundo, uma conseqüência jurídica legalmente prevista pode ser obstruída, mesmo diante da demonstração dos seus fatos constitutivos, caso sejam demonstrados fatos previstos na própria norma ou em outras normas como impeditivos da conseqüência legal. Assim, distinguem-se, nas condições expressas na norma, aquelas a serem afirmadas pela parte que quer produzir a conseqüência legal (alguém entrou no país com produto estrangeiro), daquelas que não podem ser refutadas (pela outra parte) para a obtenção do efeito legalmente previsto (o produto não é isento, o produto não foi adquirido em zona livre). Falamos, nesse caso, de derrotabilidade normativa expressa. Terceiro, uma solução pode ser obstruída, mesmo diante da demonstração das condições normativas expressamente previstas para sua aplicação (e da ausência das condições impeditivas), se o caso em questão apresentar determinada propriedade, não expressa pelo legislador, que justifique uma solução normativa oposta à originalmente prevista. Trata-se aqui do caso de uma lacuna axiológica e podemos chamar essa forma de derrotabilidade normativa implícita.” (MARANHÃO, Juliano. *As lógicas...*, *op. cit.*, p. 15).

<sup>100</sup> Para uma visão prática da derrotabilidade, v.: MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2008, *passim*; MAIDAME, Márcio Manoel; BIM, Eduardo Fortunato. *Restrições ao poder geral de cautela e derrotabilidade*. obra inédita. p. 33-37.; MAIDAME, Márcio Manoel; BIM, Eduardo Fortunato. *Ação popular, legitimidade passiva e imunidade parlamentar*. obra inédita. p. 16-19.

## 3.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DERROTABILIDADE

### 3.2.1. Derrotabilidade do texto ou da norma jurídica?

A esta altura, já se pode dizer que a derrotabilidade alude a *normas jurídicas* e não a *textos* inseridos no direito positivo. Como já se disse (cfr. item 1.1.2, *supra*), não há identidade entre texto de norma e norma jurídica e “o processo de concretização de direitos ocorrerá por ato do intérprete, e não do legislador, circunstância que divide a problemática jurídica em termos de produção e aplicação/interpretação.”<sup>101</sup> Um mesmo texto pode servir de fundamento para diversas normas jurídicas, ao passo que uma norma jurídica pode ser criada a partir de diversas mensagens legislativas.

No nível sintático da linguagem, onde residem as previsões textuais “em-si-mesmas”, destoadas de qualquer interpretação, não há margem para qualquer questionamento acerca da derrotabilidade. O texto, por si mesmo e sem a intervenção do intérprete, não irá se “derrotar”.

Com efeito, no plano sintático serão criadas as formalizações lógicas, dentro das quais não existe espaço para ambigüidades, vagezas e derrotabilidade. Na lógica formal, a derrotabilidade pode ser *representada* por meio de notações, porém ela não gerará o fenômeno da derrotabilidade, em termos materiais. CARLOS ALCHOURRÓN enquadra uma situação material, fática, em um esquema formal, ilustrando o que se quer dizer: Para ele, quando se afirma, em relação a certa amostra de gás, que seu volume aumentará se se elevar a temperatura, supõe-se no contexto que a pressão se manterá constante. A afirmação condicional é derrotada quando algum dos pressupostos implícitos é falso, uma vez que condicional derrotável também pode ser definido como um condicional sujeito a exceções implícitas. Nesse exemplo, uma variação na pressão do gás constitui uma exceção implícita que derrota a afirmação condicional. Em relação a um condicional derrotável pode ser verdadeiro que “Se

---

<sup>101</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. A derrotabilidade..., *op. cit.*, p. 126.

A então B” e falso que “Se A e C então B”. Em tal caso, a circunstância C constitui uma exceção que *derrota* o condicional “Se A então B”.<sup>102</sup>

Assim, a representação lógica da derrotabilidade encontra-se (e mantém-se) no plano sintático, no qual a derrotabilidade não acontece, mas apenas é representada, em um suporte físico. ALCHOURRÓN e BULYGIN lembram que somente nas linguagens puramente formais – como são as da lógica e da matemática puras – não se encontram problemas de vagueza, não porque seus conceitos sejam mais exatos que os das outras ciências, mas porque não são empíricos.<sup>103</sup>

No instante em que se fala da aplicação do direito, da inteligência exercida pelos intérpretes, quando o texto deixa de ser apenas texto e passa a integrar o mundo das interpretações, daí se torna factível o discurso da derrotabilidade. No átimo temporal em que ocorre a interpretação, mesmo sendo ela inserida em uma linguagem lógica, nesse exato momento, a derrotabilidade tem lugar, exatamente dentro de um plano semântico-pragmático. Pensando conforme a não-identidade entre texto de norma e norma, RICCARDO GUASTINI afirma que, “às vezes, concorda-se que o texto normativo T exprime a norma N1, mas alguns se perguntam se tal norma é, ou não, ‘falível’ (derrotável), ou seja, sujeita a exceções implícitas que não podem ser identificadas *a priori*”.<sup>104</sup>

A inexistência de correspondência biunívoca entre texto de norma e norma jurídica permite à dogmática jurídica a visão mais clara e precisa do âmbito de ocorrência da derrotabilidade, restando evidente que no nível textual não existe derrotabilidade, enquanto que no plano das normas jurídicas, lá ela estará.

---

<sup>102</sup> ALCHOURRÓN, Carlos. Sobre derecho y lógica. *Isonomía*: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n.º 13, p. 23-24.

<sup>103</sup> ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. p. 62-63.

<sup>104</sup> “Parfois, on est d’accord que le texte normatif T exprime la norme N1, mais on se demande si une telle norme est, ou non, ‘défectible’ (*defeasible*), c’est-à-dire sujette à des exceptions implicites qui ne peuvent pas être identifiées *a priori*.” (GUASTINI, Riccardo. Le “point de vue” de la science juridique. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (coord.). *Analisi e diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. Turim: Giappichelli, 2006. p. 142).

### 3.2.2 Norma jurídica condicional-hipotética e solução *prima facie*

Quando se fala de norma jurídica vem, desde logo, à nossa mente, a imagem de um *dever-ser*, um modal deôntico que liga um fato do mundo da vida a um efeito jurídico, mediante aquilo que se convencionou chamar de imputação. Em linguagem técnica, seria uma norma jurídica no modelo “hipotético-condicional”, na classificação de VON WRIGHT, i.e., aquela que possui uma cláusula “*se-então*”, por exemplo, se começar a chover, então feche a janela<sup>105</sup>, constituindo modelo baseado na inferência lógica do *modus ponens*.

Esta norma jurídica hipotético-condicional possui a estrutura bímembre, formada por “antecedente” e “conseqüente”; aquele, representando a descrição de um evento necessariamente factível no mundo fenomênico, este, prevendo os efeitos que a ocorrência de tal evento produz perante o Direito. Em virtude das particularidades da lógica aplicável ao Direito, esta norma jurídica manifesta-se por meio dos modais obrigatório (O), permitido (P) e proibido (V).<sup>106</sup> Por exemplo, o artigo 927 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica *obrigado* a repará-lo”, o que, para a aplicação do direito representa: se alguém causa ilicitamente dano a outrem, *deve ser* então a reparação.

A dogmática jurídica não costuma aceitar a hipótese de o antecedente ser configurado e o *dever-ser* não se operar, ou ainda, a situação consoante a qual o fato previsto no antecedente ocorre, a previsão do conseqüente não é atendida, porém nenhuma sanção é (ou *deve-ser*) cominada. A doutrina, em circunstâncias como estas, costuma falar em perda da eficácia ou em descumprimento legal, entretanto, não consegue tratá-las como um fenómeno muitas vezes configurado na prática, ocorrido quando a norma *a priori* aplicável não é aplicada.

A teoria da derrotabilidade surge exatamente para tutelar essas situações, para as quais a dogmática tradicional não consegue dar respostas, ou as dá de

---

<sup>105</sup> Cfr. VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y acción*. Una investigación lógica. Trad. Pedro García Ferrero. Madrid, Tecnos, 1979. p. 177-193.

<sup>106</sup> Essa primordial lição foi-nos ensinada por Georg Henrik Von Wright, em seu pioneiro artigo sobre lógica jurídica (deôntica), datado de 1951, (*Deontic Logic. Mind*. v. LV, n.º 237, 1951. p.01-15), onde o mestre finlandês adequou as categorias da lógica modal clássica para o Direito.

maneira insuficiente ou em descompasso com a realidade. A derrotabilidade, para alcançar esse desiderato, parte do pressuposto teórico de que as normas jurídicas condicionais prevêm *deveres/obrigações prima facie*. Assim, uma regra jurídica que expressa uma obrigação *prima facie* não exclui a possibilidade de que situações não contempladas cancelem o dever estabelecido na regra, como também sói ocorrer com obrigações morais *prima facie*, por exemplo, quando “não há a necessidade de reformular um princípio que expressa o dever moral de não mentir, porque em algumas circunstâncias este dever não forma parte de nossas obrigações efetivas.”<sup>107</sup>

Com efeito, a idéia de uma obrigação *prima facie* foi originalmente introduzida em contextos da teoria moral e legal, no entanto, “não somente a lei e a moralidade são derrotáveis, as próprias idéias filosóficas básicas também o são.”<sup>108</sup>

Em se tratando de deveres jurídicos, o conceito de obrigação *prima facie* está atrelado ao teor literal (gramatical) do texto positivado, no âmbito da “justificação da interna”, enquanto ponto de partida para a aplicação do direito, parâmetro normativo utilizado nas relações intersubjetivas. Esta interpretação *prima facie*, no entanto, apegada à literalidade textual e adstrita ao plano de justificação interna, pode não prevalecer após uma análise sistemática/pragmática do ordenamento jurídico.

Pode-se citar uma decisão do Supremo Tribunal Federal paradigmática nesse sentido. Por ocasião do julgamento do Agravo Regimental interposto na Reclamação n.º 3.034-2<sup>109</sup>, o Supremo Tribunal Federal negou o pedido de

---

<sup>107</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos. Condicionality and the representation of the legal norms. in ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *In: Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 270.

<sup>108</sup> “The idea of *prima facie*, originally introduced in the context of moral and legal theory, is used here at an abstract philosophical level. Not only the law and morality are defeasible. Even basic philosophical ideas are.” (PECZENIK, Aleksander. *Coherence...*, *op. cit.*, p. 05).

<sup>109</sup> “O Supremo entende, de modo uniforme, que cabe o seqüestro unicamente se houver preterição ao direito de preferência, o que não se verificou no caso destes autos. (...) Daí porque, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haveria de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de

suspensão do seqüestro de valores do Estado da Paraíba, promovido para o pagamento de precatório a pessoa portadora de doença incurável.

Nesta decisão, o Ministro EROS GRAU reconhece a efetividade e aplicação da previsão do artigo 100, § 2º, da Constituição Federal, que prevê o seqüestro de precatórios, de quantia necessária à satisfação do débito, exclusivamente para o caso de preterimento de direito de precedência. No entanto, entendeu por bem não-aplicar (derrotar) a regra *prima facie* prevista na Constituição Federal, em razão da situação excepcional do caso concreto. Nesta situação, a decisão apenas derrotou a norma *prima facie* excepcionalmente, mantendo-a como “regra geral”, porém dentro dela foi inserida uma exceção, a qual há de ser seguida nos demais casos similares (cfr. item 4.2.1, *infra*).

A obrigação *prima facie* tem validade jurídica e deve ser reconhecida e cumprida por seus destinatários legais. O fato de que em algum momento esta obrigação possa ser derrotada não lhe retira o caráter patentemente *prescritivo*. O próprio ordenamento cria instrumentos e figuras jurídicas para assegurar validade e eficácia para as obrigações jurídicas, por meio de ficções que garantem a imperatividade da “lei” antes de qualquer questionamento, tais como a presunção de legitimidade dos atos administrativos e a executividade dos títulos de crédito. A *lei* é bastante-em-si para se impor, todavia, isso não quer dizer que a sua previsão não possa ser questionada, exurgindo a teoria derrotabilidade exatamente para atender a esta possibilidade.

---

uma situação singular, exceção, e, como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais. (...) De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito --- porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação --- ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos --- para o que nos bastaria a alfabetização --- mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento. (STF, Agravo Regimental na Reclamação n.º 3.034-2, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 27/10/2006).



### **3.2.3 Requisitos ordinariamente necessários e presumidamente suficientes da norma jurídica. Análise crítica da teoria ponteana da juridicização**

Um corolário importante para todos que estudam a teoria da derrotabilidade encontra-se na aceitação de que a norma jurídica prevê apenas e tão-somente requisitos *ordinariamente necessários e presumidamente suficientes*. A dogmática tradicional mantém intacta a idéia de que as normas jurídicas possuem requisitos necessários e suficientes, e estes, quando configurados, têm o condão de irradiar os efeitos jurídicos da norma. O ordenamento jurídico brasileiro acolhe esse raciocínio jurídico, positivando-o no artigo 114 do Código Tributário Nacional, conforme o qual o “fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.” Em termos práticos, por exemplo, é possível dizer que o dano ilícito é condição *necessária e suficiente* para o ressarcimento (CC, art. 927).

Em razão do fenômeno da derrotabilidade, todavia, NEIL MACCORMICK propõe a mudança desta perspectiva e pugna pelo reconhecimento da existência de condições – apenas - ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes (*ordinarily necessary and presumptively sufficient conditions*). No seu ponto de vista, por mais que as normas jurídicas sejam invocadas com a pretensão de serem imunes a críticas, estas regras podem se tornar menos claras do que inicialmente planejado e, portanto, estarão sujeitas a novas interpretações à luz de algum princípio jurídico significativo ou em alguma circunstância incomum. Importa dizer, aquilo que inicialmente era aplicável ou aparentemente válido, deixa de sê-lo, tornando-se aberto a contestação e passível de perder a validade, ou mesmo revelar-se inválido desde sempre, apesar de todas as aparências.<sup>110</sup>

Esta noção pode ser entendida como uma nova categoria jurídica que, apesar de não ser incluída no estudo do constitucionalismo moderno, constitui pressuposto de qualquer teoria que defenda a excepcionalização de regras

---

<sup>110</sup> Cfr. MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo Rio de Janeiro: Campus, 2008. p. 310 e ss; MACCORMICK, Neil. *Defeasibility...*, *op. cit.*, p. 99 e ss.

jurídicas (como a teoria dos princípios). Para a derrotabilidade, além disso, ela aparece como desdobramento dos deveres *prima facie* e com eles impõe a revisão de categorias jurídicas, como a juridicização e a incidência.

Muito bem. Possivelmente a doutrina de PONTES DE MIRANDA seja a que melhor desenvolveu os conceitos de *necessidade* e *suficiência* no direito brasileiro. Na ótica ponteana, para que se dê a incidência da regra jurídica, é preciso que todo o *suporte fático* necessário exista. Para PONTES DE MIRANDA, entretanto, “há regras jurídicas, cujo suporte fático, colorindo-se com a incidência, nem por isso *entra* no mundo jurídico. Assim, essas regras jurídicas, em vez de serem regras *juridicizantes* (isto é, que tornam fatos jurídicos os suportes fáticos), exatamente se formulam em termos de negação: não dizem que o suporte fático A é suficiente”, pelo contrário, “dizem que o suporte fático, ou porque algo lhe falte, ou algo haja ocorrido que o desfalque, *não é suficiente* para a entrada no mundo jurídico.”<sup>111</sup> Não seriam tais regras jurídicas “senão formulações negativas de regras jurídicas de suficiência”, pois “sempre haverá uma regra jurídica, explícita ou implícita, que diz qual o suporte fático suficiente.”<sup>112</sup>

PONTES, então, afirma que, se a regra jurídica enuncia que o suporte fático é suficiente, a regra jurídica permite a sua entrada no mundo jurídico: o suporte fático juridiciza-se, *i.e.*, faz-se fato jurídico; se a regra, diz PONTES, enuncia que o fato jurídico vai deixar de ser jurídico, *i.e.*, vai sair, ou desaparecer do mundo jurídico, *desjuridiciza-o*, ou seja, “ali, a regra jurídica é *juridicizante*; aqui, *desjuridicizante*.”<sup>113</sup> Por outro lado “se a regra jurídica diz que o suporte fático não é suficiente, ou que algo aconteceu que o desfalcou, tal regra jurídica pré-juridicizante não torna jurídico o suporte fático: incide sobre ele para lhe vedar a entrada no mundo jurídico”, ao invés “de o receber do mundo jurídico, afasta-o já no *mundo fático*.”<sup>114</sup> Essas regras jurídicas seriam a formulação negativa de regras jurídicas que dariam entrada ao suporte fático. Consoante o entendimento

---

<sup>111</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 75 e ss.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 75.

ponteano, a regra jurídica positiva enuncia: “A” é suporte fático *suficiente*; a regra jurídica negativa enuncia: “A” é insuficiente.

A teoria de PONTES se propõe a ser completa e a tutelar todas as situações possíveis de entrada, não-entrada e saída de regras no mundo jurídico. Ocorre, no entanto, que esta doutrina possui alguns problemas estruturais e se torna insuficiente para explicar a realidade normativa. Quer parecer que esta teoria não consegue tratar de uma situação em que a norma jurídica deixa de ser aplicável em razão das particularidades do caso concreto, vale dizer, ela não consegue aceitar uma hipótese na qual o suporte fático é suficiente, não há qualquer deficiência ou regra interferindo e, mesmo assim, a norma jurídica se torna inaplicável. Não conseguimos aplicar a teoria ponteana no caso citado acima, na Reclamação n.º 3.034-2, do STF (cfr. item 3.2.2, *supra*).

A lição ponteana da juridicização, ademais, não se mostra compatível com a força normativa dos princípios, pois aparenta pressupor um raciocínio binário “suficiência/não-suficiência”, “tudo-ou-nada”, na aplicação da norma jurídica, circunstância que não ocorre em se tratando de figuras dotadas de conteúdo axiológico. Os princípios não são formulações negativas de regras de suficiência, porquanto eles sequer possuem suportes fáticos e no mais das vezes somente são aplicados em disputas judiciais, momento em que a regra já pode existir no mundo jurídico e não seria possível mantê-la *a priori* no mundo dos fatos (*p.ex.*, ato jurídico de lançamento tributário, questionado mediante ação anulatória, em razão da violação a um princípio).

Importa dizer, os princípios não podem ser considerados “desjuridicizante” ou “pré-juridicizante” de regras porque: (i) não possuem suportes fáticos, a permitir uma incidência inibidora de regras jurídicas, *i.e.*, não contêm uma previsão em termos “A é insuficiente” para a incidência; (ii) na maioria das vezes só atuam no âmbito judicial, quando as regras já podem estar surtindo efeitos, ou seja, o princípio vai interferir em uma regra que já pode estar incidida no mundo jurídico; (iii) os princípios são normas cujos preceitos são vagos e ambíguos e a eles se torna imperiosa a atividade concretizadora para a definição do conteúdo e

alcance. Esta subjetividade pode gerar divergências e, em certos casos, um princípio pode ser entendido como interveniente na ótica de um intérprete e, para outro, não o ser.

A crítica à visão ponteana da juridicização pode ser representada em termos lógicos. Na perspectiva teórica de LOURIVAL VILANOVA, nesse ponto próxima à de PONTES, na implicação “se *H*, então *C*”, são combinações válidas: i) *H* implica *C*; ii) não-*H* implica não-*C*; iii) não-*H* implica *C*, todavia, “*H* implica não-*C*” é impossível logicamente, pois não é factível “a hipótese (prótase) ser válida, ou verdadeira, e a conseqüência (apódase) ser não-válida, ou falsa”.<sup>115</sup>

Esta parte da teoria ponteana, ao não explicar “*H* implica não-*C*”, mostra-se insuficiente e abre espaços para novas propostas, como esta que aqui se estuda, dentro da qual é encampada a idéia de “obrigações *prima facie*” e de “condições ordinariamente necessárias e presumivelmente suficientes”. Para operacionalizar “*H* implica não-*C*”, outrossim, a derrotabilidade impõe a mudança da própria lógica do raciocínio jurídico, como se demonstrará a seguir:

### 3.3 A LÓGICA DA DERROTABILIDADE

Constitui um capítulo à parte no estudo da derrotabilidade a discussão em torno da lógica que lhe é aplicável. A pluralidade de caminhos lógicos, desenvolvidos em estudos cada vez mais sofisticados e fidedignos aos pormenores da argumentação jurídica, fez multiplicar uma série de análises que discutiam exatamente o seguinte ponto: a derrotabilidade merece uma lógica própria ou pode se valer do modelo *standard* de lógica deôntica?

Consoante as regras da lógica clássica, se algo é dedutível a partir de um certo conjunto de premissas, continua sendo dedutível de qualquer conjunto obtido do anterior quando a ele são agregadas premissas adicionais.<sup>116</sup> Essa é uma

---

<sup>115</sup> VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 88.

<sup>116</sup> DA COSTA, Newton; KRAUSE, Décio. *Notas de Lógica*. Parte I: Lógicas Proposicionais Clássica e Paraconsistente. Disponível em <[www.cfh.ufsc.br/~dkrause/LogicaUm.pdf](http://www.cfh.ufsc.br/~dkrause/LogicaUm.pdf)>. Acesso em 27 de novembro de 2008. p. 20.

propriedade importante para as ciências exatas, mas em se tratando de ciências empíricas, a modificação da conclusão a partir da alteração do quadro de premissas é procedimento mais condizente com aquilo que ocorre na argumentação jurídica.

Diante desse panorama, exsurgiu o debate acerca da necessidade (ou não) de modificação da lógica deontica clássica, em relação à propriedade da monotonicidade, para o tratamento do raciocínio derrotável. Surgiram, portanto, duas correntes de pensamento: a primeira relativa aos defensores do desenvolvimento de lógicas não-monotônicas; a segunda, assumida por aqueles que entendem a lógica deontica clássica como capaz de tratar da derrotabilidade, sem o abandono da monotonicidade, impondo-se somente uma adequação teórica.

### **3.3.1 Lógica derrotável (não-monotônica)**

Ao analisarem o modelo hipotético-condicional da norma jurídica (Se A, então deve ser B), juristas e lógicos começaram a questionar a compatibilidade entre a derrotabilidade e a lógica deontica clássica<sup>117</sup>, para a qual, como explica VON WRIGHT, “se p por si mesmo implica q, então a conjunção do antecedente (‘p’) com *qualquer* proposição diferente dele também implica q”.<sup>118</sup> Em linguagem formalizada pode-se expressar  $(p \rightarrow q) \rightarrow [(p \wedge r) \rightarrow q]$ , onde a conclusão “q” não é alterada mesmo com a inserção de “r” no antecedente. Este padrão lógico, afirma ALCHOURRÓN, torna inviável a representação de obrigações condicionais *prima facie*, justamente em razão da lei do “reforço do antecedente”<sup>119</sup>, pois não sendo possível a alteração da conclusão normativa, não há porque se falar em *deveres prima facie*, mas apenas e tão-somente em deveres definitivos.

---

<sup>117</sup> Note-se que aqui não se trabalha com a díade “lógica clássica/lógica deontica”. A alusão ao modelo clássico refere-se ao padrão monotônico, próprio da lógica *standard*.

<sup>118</sup> VON WRIGHT, Georg Henrik. Conditionality. *In: Six Essays in Philosophical Logic*. Acta Philosophica Fennica. v. 60. Helsinki: Academic Bookstore, 1996. p. 23.

<sup>119</sup> ALCHOURRÓN, Carlos. Condicionalidad..., *op. cit.*, p. 270.

Nas relações cotidianas são extraídas, intuitivamente, conclusões a partir de “generalizações que possuem exceções - não enumeráveis exhaustivamente de antemão -, porque se referem a propriedades *típicas ou normais* – em relação a certo contexto de indivíduos em um domínio”; todavia, a proposta de condições normais/típicas excepcionáveis não se encaixa “em um cálculo quantificacional, porque não admite – sem quedar desnaturalizado – uma quantificação universal.”<sup>120</sup> Daí porque os enunciados condicionais não poderiam ser expressos como *condições suficientes* “mas somente como ‘condições derrotáveis’ (que expressariam condições ‘contribuintes’, que somente resultariam suficientes em conjunção com uma série de pressupostos implícitos do contexto).”<sup>121</sup>

O raciocínio não-monotônico (ou por *defeito*) permite o tratamento de contextos normativos dotados de informações incompletas. Nele torna-se viável a extração de conteúdos normativos *prima facie* a partir da interpretação de disposições do direito positivo, mesmo sendo factível a existência de exceções (explícitas ou implícitas) que possam alterar o sentido e alcance da norma.

Na lógica clássica não é possível conjuntamente  $p \rightarrow r$  e  $(p \wedge q) \rightarrow -r$ , razão bastante para a defesa de uma lógica não-monotônica, na qual é possível, ainda, a extração de “*r*” a partir de “*p*”, mesmo com a falta de prova (ou de alegação) de “*q*”.<sup>122</sup> Segundo GIOVANNI SARTOR, “a lógica clássica deduz conseqüências a partir de algumas premissas, estas conseqüências são necessariamente verdadeiras quando todas aquelas premissas são verdadeiras e, por conseguinte, não são derrotadas por alguma informação adicional. Portanto, é impossível lidar com a derrotabilidade.”<sup>123</sup>

Como a lógica derrotável trata de situações típicas (normais), o *dever-ser* é entendido mediante a intelecção: “Se A, então deve ser *normalmente* B”. Em

---

<sup>120</sup> BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. n.º 13, p. 92.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>122</sup> Cfr. BAYÓN, Juan Carlos. ¿Por qué..., *op. cit.*, p. 38-39.

<sup>123</sup> “Classical logic deduces consequences implied by some premises, consequences necessarily true when all those premises are true and therefore not defeated by further information. Therefore, it is unable to deal with defeasibility (...).” (SARTOR, Giovanni, Defeasibility in Legal Reasoning. *Rechtstheorie*. n.º 24, 1993. p. 301).

termos dedutivos, esta é uma visão mais fraca do modal dêontico, criada exatamente para permitir o tratamento das situações excepcionais, para assimilar os casos que são capazes de infirmar os efeitos da norma jurídica.

O raciocínio não-monotônico pode ser explicado por meio do exemplo de JUAN CARLOS BAYÓN, conforme o qual o Direito pode dispor sobre a existência de uma obrigação de reparar um dano, se este foi causado por ação ou omissão e se houve intencionalidade, *a menos* que se tenha agido em legítima defesa ou em cumprimento de um dever. Com isso, seriam estabelecidas duas condições positivas que devem concorrer e duas exceções que devem estar ausentes para que se tenha a obrigação de reparar um dano. A soma de condições positivas identifica a situação normal ou típica em que o legislador considera apropriada a consequência jurídica (o que se pode chamar de dever *prima facie*), ao passo que cada uma das exceções indica uma circunstância especial na qual, não obstante a satisfação de todas e cada uma das condições positivas, ela é reputada inapropriada.<sup>124</sup> A responsabilização pelo dano passa a não ser mais aplicável a partir do momento em que a exceção é configurada; caso o raciocínio já tenha sido levado a cabo, ele há de ser alterado. NEWTON DA COSTA e DÉCIO KRAUSE também exemplificam a não-monotonicidade por meio do seguinte exemplo jurídico: “(...) como se, no ato de condenar um prisioneiro por um crime realizado no metrô, o juiz recebesse uma nova prova atestando que o réu estava na missa, realizada na catedral da cidade, na hora do crime”<sup>125</sup>, de maneira que a solução normativa é alterada em razão da nova informação.

Entretanto, o próprio BAYÓN entende estas lógicas como dotadas “(...) de escassíssimo – senão nulo – poder inferencial (...)”<sup>126</sup> AREND SOETEMAN, corroborando a ressalva contra a perda de força dedutiva na utilização de lógicas

---

<sup>124</sup> Cfr. BAYÓN, Juan Carlos. *¿Por qué...*, *op. cit.*, p. 38-39.

<sup>125</sup> DA COSTA, Newton; KRAUSE, Décio. *Notas...*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>126</sup> BAYÓN, Juan Carlos. *¿Por qué...*, *op. cit.*, p. 36.

não-monotônicas, aduz que quando um “argumento não pode ser analisado dedutivamente, a conclusão não é justificável.”<sup>127</sup>

MANUEL ATIENZA, ciente das críticas, responde-as dizendo que a “lógica dedutiva clássica não é totalmente adequada para representar os raciocínios práticos, em geral e os raciocínios jurídicos, em particular”, justamente porque “o seu maior defeito é a incapacidade de dar conta da relação ‘ser um argumento a favor de’ e ‘ser um argumento contra’, que não pode ser reduzida à noção clássica de consequência lógica (é, efetivamente, uma noção mais fraca), mas que é o que caracteriza a argumentação no terreno do que se costuma denominar razão prática.”<sup>128</sup>

O dilema pode ser resumido entre a escolha de um modelo “fidedigno” ao raciocínio jurídico, dotado de um poder inferencial reduzido, ou a opção por um modelo clássico (dedutivo), limitado e que não representa a “realidade” das celeumas jurídicas. Existem, ainda, alternativas lógicas para o tratamento da derrotabilidade no terreno da lógica clássica e sobre elas vamos discorrer. Após, externaremos o nosso posicionamento.

### **3.3.2 Utilização da lógica clássica no tratamento da derrotabilidade**

Dentre as propostas teóricas que pretenderam desenvolver a derrotabilidade segundo os termos da lógica clássica, merece destaque o chamado “câmbio racional de teorias”, doutrina conhecida como AGM (por ter sido criada por ALCHOURRÓN, GÄRDENFORS e MAKINSON).<sup>129</sup> CESAR SERBENA

---

<sup>127</sup> “(...) as long as an argument cannot be analysed deductively, the conclusion is not warranted.” (SOETEMAN, Arend. Do we need a legal logic? In: FOLGELKLOU, Anders; SPAAK, Torben (coord.). *Festschrift till Ake Frändberg*. Uppsala: Iustus Förlag, 2003. p. 221-234 *apud* HAGE, Jaap. *Law...*, *op. cit.*, p. 229).

<sup>128</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões...*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>129</sup> ALCHOURRON, Carlos; GÄRDENFORS, Peter; MAKINSON, David. On the Logic of Theory Change: Partial Meet Contraction and Revision Functions. *Journal of Symbolic Logic*. v. 50, 1985. p. 510-530. Na defesa da lógica dedutiva clássica (e contra a aplicação da lógica não-monotônica) na tutela da derrotabilidade, v.: HAGE, Jaap. *Law...*, *op. cit.*, p. 230 (*We do not need a non-monotonic logic to deal with this phenomenon*. Trad. Livre: *Não precisamos de uma lógica não-monotônica para tratar deste fenômeno*); BULYGIN, Eugenio. Review of Jaap Hage’s *Law and Defeasibility*. *Artificial Intelligence and Law*. n.º 11, 2003. p. 249 (*I have tried to show*



a explica ressaltando os seus pressupostos na análise dos conflitos normativos: “(a) as razões *prima facie* se expõem nos enunciados que contêm um condicional derrotável (*defeasible*); (b) um condicional derrotável é um condicional estrito (que reconstrói a noção de razão suficiente) em cujo antecedente figura um enunciado de revisão e; (c) a noção de revisão precisada é a que satisfaz os postulados da teoria”, de modo a interpretar “os enunciados de revisão como o conjunto dos pressupostos que cada agente cognitivo assume em cada oportunidade.”<sup>130</sup>

Esta teoria também desenvolve o conceito de deveres *prima facie*, propondo a substituição da idéia de *razões suficientes* pela noção de *razões contribuintes*, mediante as quais a norma é *qualificável* por meio de um modelo de revisão de crenças que possibilita a inferência de conclusões a partir das informações disponíveis até aquele momento, entretanto, permite a revogação da ilação caso sejam fornecidas informações adicionais (conflitantes).<sup>131</sup>

Este modelo, todavia, não constitui a única tentativa de preservar em conjunto os rigores clássicos da lógica e as características da derrotabilidade. JULIANO MARANHÃO, por exemplo, desenvolveu um modelo de *refinamento*, pelo qual o conflito entre normas/crenças não culmina na total rejeição das normas colidentes (especialmente a derrotada), como ocorre na teoria AGM que se

---

*that this is not the case and that deductive logic plus belief revision is quite useful for logical treatment of legal justification. Trad. Livre: Tentei mostrar que este não é o caso e que a lógica dedutiva somada à revisão de crença é bastante útil para o tratamento lógico da justificação legal).*

<sup>130</sup> SERBENA, Cesar. *Lógica...*, *op. cit.*, p. 65-66. Para ver a evolução do pensamento de Alchourrón, assim como a sua resistência às lógicas não-monotônicas, v.: MARANHÃO, Juliano. Why was Alchourrón afraid of snakes? *Análisis Filosófico*. Sadaf. v. XXVI, n.º 1, 2006. p. 62-92. Confira-se, também: MORESO, José Juan. El encaje de las piezas del derecho. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 14, 2001. p. 135-157.

<sup>131</sup> Juliano Maranhão exemplifica a teoria AGM através das seguintes considerações: “Assim, segundo Alchourrón, a forma adequada de representar a derrotabilidade não estaria na sentença ‘se *x* adquiriu produto estrangeiro, então *x* (normalmente) deve pagar impostos’, mas usar o condicional clássico ‘se *x* adquiriu produto estrangeiro, então *x* deve pagar impostos’ e revisar o antecedente, somente quando o agente epistêmico se deparar com uma informação conflitante, chegando a um estado epistêmico onde acredita que ‘se *x* adquiriu produto estrangeiro e o produto não é isento, então *x* deve recolher imposto’. Note que Alchourrón não afirma que as duas proposições acima são equivalentes. A derrotabilidade não é caracterizada pela proposição (ou norma) qualificada, mas no fato de que, em seu modelo epistêmico, a proposição (ou norma) é qualificável. (MARANHÃO, Juliano. *As lógicas...*, *op. cit.*, p. 19).

aproxima da derrogação, mas procura o enfraquecimento das normas visando à convivência.<sup>132</sup>

Distinguindo em dois grupos as principais noções lógicas da derrotabilidade, JULIANO MARANHÃO propõe a divisão entre “lógicas de exceção” e “lógicas de qualificação”. O primeiro grupo inclui os sistemas de lógicas não-monotônicas e também as lógicas de argumentação derrotável, consoante as quais a “derrotabilidade ocorre em uma determinada instanciação na qual ou é bloqueada a aplicação da regra padrão, por se estar diante de circunstâncias excepcionais, ou é bloqueado um determinado argumento, pois em determinadas condições um contra-argumento é mais forte ou tem mais peso.”<sup>133</sup> Em relação a este grupo, “a regra padrão e a premissa normativa no argumento bloqueado não se alteram nem são suprimidas e podem ser reaplicadas em casos normais ou caso sejam trazidos novos argumentos para derrotar o contra-argumento.”<sup>134</sup>

No grupo formado pelas lógicas de qualificação, onde se incluem o sistema *AGM* e os operadores de refinamento de teorias, “a derrotabilidade manifesta-se na dinâmica dos sistemas normativos, i.e. na observação de que as premissas normativas estão sujeitas à reformulação (requalificação ou revisão do antecedente).”<sup>135</sup> Estas propostas encampam a idéia de que “as condições explícitas para aplicação das normas devem ser interpretadas apenas como contributivas para as soluções normativas, pois não eliminam a possibilidade de novas condições se mostrarem relevantes e alterarem as conclusões como forma de resolução de conflitos normativos.”<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> MARANHÃO, Juliano. *Padrões de racionalidade na sistematização de normas*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004. Sobre o *refinement* de Juliano Maranhão, v. também: MARANHÃO, Juliano. Some operators for refinement of normative systems. In: *Legal Knowledge and Information Systems*. Jurix 2001. The Fourteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2001. 103-115.

<sup>133</sup> MARANHÃO, Juliano. *As lógicas...*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 21-22.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 22.

Com efeito, a pluralidade de perspectivas lógicas permite o tratamento da derrotabilidade sob diversos ângulos. Da mesma forma, o fenômeno jurídico é complexo e possui inúmeras possibilidades investigativas. Dentro daquilo que foi exposto até aqui, haveremos de analisar a utilização de cada modelo lógico (clássico e derrotável) em cada fase de aplicação do Direito.

### **3.3.3 Visão crítica da lógica aplicada à derrotabilidade**

Como se infere da obra de NEWTON DA COSTA, não existe um modelo lógico melhor que o outro, mas apenas e tão-somente perspectivas diferentes - igualmente válidas - para a investigação de um mesmo objeto.<sup>137</sup> A lógica clássica possui uma força dedutiva inigualável e dificilmente será factível sustentar alguma teoria jurídica que a desconsidere. Por outro lado, ela possui limitações, inerentes aos seus próprios rigores, e isso merece ser sopesado. Muitas críticas direcionadas aos raciocínios analíticos ocorreram porque os juristas pretenderam inserir num modelo clássico de lógica deontica a essência do fenômeno jurídico, por meio de itinerários fadados ao insucesso, em razão das “limitações” em contraste com as “pretensões”. Partindo do pressuposto de que o Direito não pode abrir mão do raciocínio dedutivo, resta saber em quais momentos é recomendável aplicá-lo, e também quando não o é.

Em sede de justificação interna, as obrigações *prima facie* se aproximam do mecanismo da lógica clássica. A interpretação literal do direito positivo, levada a cabo de forma isolada em relação ao restante do ordenamento, franqueia aos aplicadores do direito o uso da subsunção e, por conseqüência, da dedutividade da lógica clássica. Estas obrigações/deveres *prima facie* tutelam sem maiores controvérsias um grande número de casos da vida cotidiana, assegurando, de forma eficaz, a previsibilidade das condutas dos destinatários normativos. De

---

<sup>137</sup> “Com efeito, a lógica clássica, pode ser vista como a 'mãe de todas as lógicas', tendo valor eterno em seu particular campo de aplicação, e não tem porque ser substituída nesses domínios. Assim, outras lógicas, como as paraconsistentes, podem ser úteis para se alcançar um melhor entendimento ou tratamento de certos fenômenos ou áreas do saber, mas não há porque se pretender, por seu intermédio, desbançar a lógica tradicional.” (DA COSTA, Newton; KRAUSE, Décio. *Notas...*, *op. cit.*, p. 95).

forma consciente, ou até mesmo inconsciente, as pessoas promovem um raciocínio dedutivo/subsuntivo para saber se se enquadram na condição de destinatários da previsão textual. Sendo assim, a lógica clássica parece ser a mais indicada para o tratamento das obrigações *prima facie*, em se tratando de procedimento de justificação interna.

A dificuldade surge quando a obrigação *prima facie* é problematizada, jurídica ou faticamente, de modo que o seu conteúdo se torna questionável. Quando entram em jogo as figuras da metassubsunção e da ponderação, a lógica clássica perde espaço. Para esses casos, dentro dos quais a singela definição das premissas e a obtenção da conclusão se mostra inviável, uma alternativa lógica há de ser promovida, justamente para tratar do fenômeno da derrotabilidade. A modificação do quadro de premissas, observada especialmente sob o prisma pragmático da aplicação do direito, amolda-se ao raciocínio não-monotônico. Por mais que as proposta teóricas de “refinamento” e de “revisão de crenças” sejam factíveis, permitindo inclusive a universalização das decisões, quer parecer que também ocorrerá uma inevitável perda de dedutividade nesses itinerários, assim como sói acontecer com as lógicas derrotáveis. Ademais, estas lógicas pressupõem apenas uma *qualificação*, *i.e.*, uma mudança não radical no antecedente que preserve a crença originária, razão pela qual não conseguem tratar satisfatoriamente das alterações normativas circunstanciais, especialmente aquelas decorrentes da aplicação singular de princípios ao caso concreto.

Com efeito, as lógicas não-monotônicas permitem o abandono da “crença anterior”, em razão do aparecimento de uma nova informação, além de também autorizarem a representação de “crenças” em normas gerais. Bem por isso, as lógicas derrotáveis se mostram mais adequadas para o tratamento das situações inseridas na “justificação externa” da argumentação jurídica, quando aparecem as celeumas exegéticas a respeito do conteúdo e alcance da previsão textual.

Sabe-se que esta divisão, entre justificações interna e externa, constitui apenas um corte metodológico e possui uma finalidade estritamente teórica. No entanto, caso fosse exigida a definição de apenas um modelo lógico, este haveria

de ser o não-monotônico. Entre “perdas e ganhos” de cada padrão lógico, a não-monotonicidade se destaca porque autoriza a representação dos embates argumentativos de forma mais realista, dentro daquilo que geralmente ocorre quando se pretende aplicar uma previsão do direito positivo em um cenário litigioso.

## 4 A DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

### 4.1 QUAIS NORMAS JURÍDICAS SÃO DERROTÁVEIS?

Explicou-se a origem da derrotabilidade, foram trazidos alguns exemplos doutrinários do fenômeno, assim como foram expostos os seus pressupostos metodológicos. Agora, a seguinte pergunta deve ser respondida: afinal, quais são as normas jurídicas derrotáveis? A essência da derrotabilidade encontra-se no reconhecimento de que existem normas jurídicas, condicionais-hipotéticas, que tutelam e resguardam as condutas intersubjetivas, assegurando previsibilidade e segurança jurídica aos cidadãos. Estas previsões possuem, entretanto, um caráter *prima facie* que pode ser derrotado, no momento em que o texto deixa de ser apenas texto e passa a ser produto da interpretação.

Como se viu, a idéia intuitiva de derrotabilidade reside no reconhecimento de que a norma jurídica pode possuir exceções (explícitas ou implícitas) não identificáveis de antemão. Nesse contexto, uma importante tarefa dentro do estudo da derrotabilidade consiste em averiguar: (i) se todas as normas jurídicas são derrotáveis; (ii) se existe um rol taxativo de normas derrotáveis; (iii) se é possível desenvolver um critério para distinguir uma norma jurídica derrotável de uma “inderrotável”.

#### **4.1.1 Todas as normas jurídicas são derrotáveis?**

A definição de quais normas jurídicas são derrotáveis é a primeira exigência feita por todos aqueles que são apresentados ao conceito de derrotabilidade. As normas jurídicas obtidas a partir de regras de competência, cláusulas pétreas, direitos fundamentais, ou mesmo da previsão constitucional que prevê o voto obrigatório para os maiores de dezoito anos são, todas elas, derrotáveis?

Sem medo do equívoco, é possível afirmar que, quanto maior o grau de abstração da mensagem legislada, maior são as chances de que a sua previsão

possa ser derrotada, não-aplicada. A dificuldade aumenta no momento em que princípios jurídicos são cotejados, isolada ou concomitantemente à interpretação de outras regras, pois a carga axiológica que eles possuem dificulta a definição de seus conteúdos.

Sem embargo, é certo que toda e qualquer mensagem do direito positivo pode ser reconduzida à formulação hipotético-condicional  $p \rightarrow q$  (Se A, então deve ser B). HUMBÉRTO ÁVILA lembra que a existência de uma hipótese de incidência é uma questão de formulação lingüística e, portanto, até mesmo um princípio pode ser reformulado para se enquadrar nesse modelo deôntico, por exemplo, se o poder estatal for exercido, *então* deve ser garantida a participação democrática (princípio democrático), ou ainda, se se desobedecer à exigência de determinação da hipótese de incidência de normas que instituem obrigações, *então* o ato estatal será considerado inválido (princípio da tipicidade).<sup>138</sup>

Parte-se, portanto, do pressuposto de que toda e qualquer previsão textual pode ser reconduzida à formulação hipotético-condicional. A derrotabilidade, nesse contexto, poderia ser representada no modelo lógico clássico quando “ $p \rightarrow q$ ” e “ $p$ ” são verdadeiros, mas não necessariamente “ $q$ ” é verdadeiro (válido), ou ainda, quando “ $p \rightarrow q$ ” e “ $p$ ” são verdadeiros (válidos), mas “ $q$ ” não pode ser derivado validamente.<sup>139</sup>

A interpretação sistemática do direito pode fazer com que uma previsão textual, *prima facie*, imune a qualquer tipo de ressalva, como a que prevê o voto obrigatório para os maiores de dezoito anos, gere dúvidas e questionamentos no caso concreto. Esta previsão constitucional pode ser convertida para o modelo hipotético-condicional ( $p \rightarrow q$ ): “Se for maior de dezoito anos, *então* o voto é obrigatório”. Essa norma jurídica *prima facie* é clara, objetiva e deve ser seguida por todos os seus destinatários.

---

<sup>138</sup> Cfr. ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 40. Veja-se, também: VILANOVA, Lourival. *Causalidade...*, *op. cit.*, p. 92 e ss; VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 71 e ss.

<sup>139</sup> Cfr. HAGE, Jaap. *Law...*, *op. cit.*, p. 222 e ss.

Ocorre, entretanto, que o cidadão maior de dezoito anos pode possuir “incapacidade civil absoluta”, razão pela qual a ele o voto não será obrigatório, justamente em razão da interpretação sistemática/infraconstitucional do Código Civil acerca da capacidade. Seria o caso de  $p \wedge r \rightarrow -q$ , sendo, portanto, a norma constitucional derrotada em virtude da peculiaridade do caso concreto. Com essas palavras se quer significar que as normas jurídicas não serão sempre *derrotadas*, mas podem ser, ao menos em tese, consideradas *derrotáveis*. Em outros termos, a norma jurídica é *necessariamente* derrotável, porém, *contingentemente* derrotada.

Este ponto de vista afigura-se mais realista e razoável, porque reconhece a falibilidade de todas as normas jurídicas, fugindo da utópia que seria propor a inderrotabilidade de todas as normas, além de escapar do subjetivismo que seria apontar somente um conjunto de normas derrotáveis.

Situação muito discutida no estudo da derrotabilidade consiste naquilo que se pode chamar de “paradoxo da exceção principiológica implícita”. Segundo esse paradoxo, se não é possível definir *a priori* os casos gerais em que um princípio se sobrepõe a outro, e considerando que os princípios podem excepcionar as normas jurídicas, logo, não se pode antecipar quais as exceções implícitas (principiológicas) podem afetar o campo de aplicação de qualquer norma.

JUAN CARLOS BAYÓN, exatamente nesse sentido, comenta que um princípio pode requerer que certo caso, compreendido inequivocamente na zona de clara aplicabilidade de uma regra, seja resolvido de um modo diferente ao disposto por aquela. Logo, se não é possível determinar de antemão o conjunto preciso de casos governados por um princípio – porque este pode concorrer com outros princípios e não existe uma hierarquização ou ordenação estrita que defina *ex ante* o peso de cada qual –, BAYÓN cogita a possibilidade de ser inviável a determinação do conjunto preciso de exceções impostas à regra.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> Cfr. BAYÓN, Juan Carlos. Propositiones normativas e indeterminación del derecho. *In*: BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia...*, *op. cit.*, p. 62-63. Para Juan Carlos Bayon a teoria de Dworkin sobre a distinção entre regras e princípios consagra a derrotabilidade de todas as normas jurídicas: “(...) no parece aventurado afirmar que en la presentación original de sus argumentos Dworkin venía a sostener que los principios son normas derrotables o abiertas y las reglas normas inderrotables o cerradas. Pero, si ello es así, y se acepta al mismo tiempo



Esta perspectiva leva à inexorável derrotabilidade de todas as regras (normas jurídicas). Existem vozes – inclusive do próprio BAYÓN - no sentido de que esse apego ao principiológico não significaria a automática aceitação da derrotabilidade de todas as regras jurídicas, ao argumento de que as regras ainda preservariam a sua aplicabilidade em nível geral e abstrato. No entanto, pensar nas regras jurídicas somente em suas existências individuais, sem a consideração do sistema, das peculiaridades do caso concreto e tampouco do papel do intérprete, parece ser simplista e de uma forma que desconsidera (ou no mínimo relativiza) os problemas reais do fenômeno jurídico.

Dessarte, a proposta de inderrotabilidade normativa consiste na defesa de uma presunção *iure et de iuris* de aplicação literal da previsão do direito positivo, passando-se ao largo da incontestável realidade jurídica, marcada pela necessária interpretação sistemática e pelo reconhecimento da existência de vaguezas e ambigüidades no texto legal. Noutro lado, a derrotabilidade pode ser vista como uma presunção *iuris tantum*, assim considerada como aquela que é somente provável, para a qual existe um juízo de probabilidade, que pode ser mais forte ou mais fraco. O conceito de norma jurídica *prima facie* é nitidamente envolvido pela idéia de presunção *iuris tantum*, pois ela (a norma) é reconhecida como aplicável e dotada de força normativa, entretanto, pode ser questionada e eventualmente desconstituída.

#### **4.1.2 Casos de Derrotabilidade**

Cumpridas as diligências preliminares, havemos de caminhar no sentido de definir os casos de derrotabilidade e o momento em que ela é operada. Para tanto, será seguido o modelo proposto por NEIL MACCORMICK, e narrado por MANUEL ATIENZA<sup>141</sup>, dentro do qual são elencadas quatro espécies de problemas jurídicos, definidores dos “casos difíceis”, mas que aqui são tomados

---

que los principios pueden justificar excepciones a las reglas, entonces parecería plausible la conclusión de que todas las normas jurídicas se vuelven derrotables...”. (BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad..., *op. cit.*, p. 93).

<sup>141</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões...*, *op. cit.*, p. 324-325.

como parâmetros para a caracterização da derrotabilidade. Esta correlação é possível porque os *hard cases* são configurados quando o itinerário de justificação interna falha, ou se mostra insuficiente, o que ocorre exatamente no momento em o discurso da derrotabilidade começa a poder ser ventilado.

#### 4.1.2.1 Problemas de pertinência

Os problemas de pertinência são aqueles que ocorrem quando pairam dúvidas sobre qual seja a norma aplicável ao caso concreto. Este é um clássico caso de antinomia, de dois juízos de “dever-ser contraditórios”<sup>142</sup>, *i.e.*, são previsões legais aplicáveis concomitantemente, mas com resultados diversos, por exemplo, quando uma previsão permite/obriga uma conduta, e a outra a proíbe. As antinomias não são raras no Direito e tampouco em qualquer outra ciência. Um caso clássico foi criado por BERTRAND RUSSEL, segundo o qual, se se considerar o conjunto *A* formado por todos os conjuntos que não pertencem a si mesmo, pelo princípio do terceiro excluído, *A* pertence ou não pertence a *A*. Supondo-se que *A* pertence a *A*, então, como *A* é o conjunto de todos os conjuntos que não pertencem a si mesmos, *A* não pode pertencer a *A*. Admitindo-se então que *A* pertença a *A*, logo, de acordo com a definição de *A*, este conjunto deve pertencer a si mesmo.<sup>143</sup>

Como já dito (cfr. item 2.1.1, *supra*), o ordenamento jurídico busca resolver os problemas de antinomias mediante a aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade, os quais, aos olhos do intérprete, permitem aferir o momento em que as previsões textuais foram editadas (cronológico), a hierarquia das previsões em colisão (hierárquico) e os seus âmbitos de validade e aplicação (especialidade).

---

<sup>142</sup> ALEXY, Robert. *Teoría...*, *op. cit.*, p. 87. A respeito da antinomia, v.: ENGISCH, Karl. *Introdução...*, *op. cit.*, p. 355 e ss; BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Trad. Jorge Guerrero Bogotá: Temis, 1999. p. 191 e ss; ROSS, Alf. *Direito...*, *op. cit.*, p. 124 e ss.

<sup>143</sup> Cfr. DA COSTA, Newton. *Introdução aos fundamentos da matemática*. São Paulo: Hucitec, 1977. p. 10.

Estas técnicas resolvem muitos problemas jurídicos e a *praxis* delas se vale cotidianamente. Há casos em que esses critérios se mostram insuficientes, e para eles, a ponderação pode ser invocada, na qualidade de instrumento apto a ser utilizado no deslinde de controvérsias judiciais. NOBERTO BOBBIO destaca que nos casos de conflitos entre normas, para os quais não bastam os critérios cronológico, hierárquico e nem tampouco da especialidade, o intérprete tem três possibilidades: (i) eliminar uma das normas, mesmo que não seja em definitivo pois outro Juiz pode decidir em sentido diametralmente oposto, em caso análogo; (ii) eliminar as duas normas, quando diante da dúvida sobre a obrigação ou proibição de certa conduta, o intérprete opte por uma terceira opção, dentro da qual lhe seria lícito praticar ou não a referida previsão legal; (iii) conservar as duas normas, o que ocorre quando o intérprete consegue demonstrar a existência compatível das duas previsões.<sup>144</sup> Em virtude desse panorama, a antinomia pode (i) derrotar uma das normas jurídicas em conflito; (ii) derrotar as duas normas jurídicas conflitantes; (iii) ou não derrotar nenhuma delas.

A relação entre regra e exceção deve ser incluída neste grupo. O legislador se vale de técnicas para prescrever condutas que não de ser seguidas por seus destinatários, de maneira que são definidas regras gerais (*p.ex. a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados*, cfr. art. 233 do Código Civil), além de suas exceções expressas (*salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso*). Dentro desta relação, podem surgir conflitos entre a norma fulcrada na “regra geral” e a norma baseada na “exceção expressa”. De acordo com MACCORMICK, as exceções expressas (*express defeasibility*) corroboram o fato de que as regras instituidoras de instituições jurídicas (*institutive rules of legal institutions*) são sempre consideradas como algo que afirma, apenas, condições ordinariamente necessárias e presumidamente suficientes para os casos que regulam.<sup>145</sup> Estas exceções costumam ser resolvidas pelas regras tradicionais de solução de

---

<sup>144</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría...*, *op. cit.*, p. 198-202.

<sup>145</sup> MACCORMICK, Neil. *Defeasibility...*, *op. cit.*, p. 100.

antinomia, ou ainda, pela produção de provas, quando a matéria é essencialmente fática.

Em se tratando de exceções implícitas (*implicit defeasibility*), a dificuldade é maior. Lembra MACCORMICK que os princípios e os valores implícitos do ordenamento podem interagir com previsões específicas do direito positivo.<sup>146</sup> Nesses casos, a conseqüência da norma jurídica (*da regra geral*) é afastada, inaplicada, mesmo que: (i) os fatos constitutivos do direito vindicado restem configurados; (ii) inexistam quaisquer exceções expressas no direito positivo. Esta situação se inclui no chamado “paradoxo da exceção principiológica implícita”, pelo qual todas as normas jurídicas podem ser derrotadas, ao menos em tese, em razão da força normativa dos princípios (cfr. item 4.1.1, *supra*).

#### 4.1.2.2 Problemas de interpretação

Os chamados problemas de interpretação surgem quando existem dúvidas sobre como se deve entender a previsão textual (ou as previsões) aplicáveis ao caso. Esses problemas residem na relação entre texto e intérprete, enquanto dificuldade enfrentada por todos aqueles que pretendem interpretar uma mensagem escrita e que por isso devem passar pela análise dos planos sintático, semântico e pragmático. O direito positivo possui palavras com uma grande, e em boa medida inevitável, dose de imprecisão (vagueza, ambigüidade e outras intoxicações semânticas), de modo que, por mais rigoroso que seja o propósito de estabelecer relações unívocas, sempre existirá o risco de interpretações diversas e da aparição de pseudoproblemas sob a forma de disputas verbais.<sup>147</sup>

Um grande número de disputas judiciais gira em torno do conteúdo e alcance de palavras inseridas no direito positivo. O Supremo Tribunal Federal apreciou uma série de recursos extraordinários nos quais se questionava a constitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 9.718/98, que ampliou a

---

<sup>146</sup> MACCORMICK, Neil. *Defeasibility...*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>147</sup> Cfr. ECHAVE, Delia Tereza; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo. *Lógica...*, *op. cit.*, p. 27.

base de cálculo da COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social) e do PIS (Programa de Integração Social), cujo artigo 3º, § 1º, define legalmente o conceito de faturamento (nova base de cálculo).<sup>148</sup> O ponto central dessa controvérsia é a amplitude semântica do conceito de faturamento, em um nítido “problema de interpretação”. A alegação de inconstitucionalidade está baseada no fato de que a Lei 9.718/98 alargou, à margem da Constituição, a base de cálculo do tributo, quando dispôs que faturamento corresponde à totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, agregando à base de cálculo outras receitas que não aquelas permitidas pelo texto constitucional. A Constituição, conforme a redação original do artigo 195, I, da CF (antes da Emenda 20/98), dispunha que o PIS e a COFINS somente poderiam ser cobrados sobre o “faturamento”, assim entendido como a renda obtida das vendas de mercadorias e serviços.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que “é inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.”<sup>149</sup> Vê-se, pois, que a norma jurídica construída a partir do conceito restrito de faturamento, levando em conta a noção constitucional do tributo, derrotou a norma jurídica baseada no conceito de faturamento legalmente ampliado.

Estes problemas de interpretação também podem ser considerados aqueles que ALCHOURRÓN e BULYGIN chamaram de lacunas de reconhecimento (*lagunas de reconocimiento*), que são os casos individuais nos quais, por falta de determinação semântica dos conceitos que caracterizam um caso genérico, não se sabe se o caso individual lhe pertence ou não.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> “Art. 3. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. § 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.”

<sup>149</sup> STF, Recurso Extraordinário n.º 346084/PR, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 01/09/2006.

<sup>150</sup> ALCHOURRON, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción...*, *op. cit.*, p. 63.

#### 4.1.2.3 Problemas de prova

Os problemas de prova manifestam-se quando há dúvidas sobre se um determinado fato, importante para a aplicação do direito, ocorreu. Isso acontece no momento em que pairam dúvidas sobre a materialização do fato jurídico previsto no antecedente da norma jurídica, ou ainda, quando se questionam eventuais defeitos ou vícios na caracterização do fato que enseja a aplicação da norma como, por exemplo, um vício de consentimento.

O Código de Processo Civil brasileiro, dentro dos meios probatórios aceitáveis, arrola uma lista não-taxativa na qual se inclui o depoimento pessoal (art. 342 a 347), a confissão (art. 348 a 354), a exibição de documentos ou coisa (art. 355 a 363), a prova documental (art. 364 a 399), a prova testemunhal (art. 400 a 419), a prova pericial (art. 420 a 439) e a inspeção judicial (art. 440 a 443). O Código ainda dispõe, em seu artigo 332, que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

Os operadores do direito possuem diversos itinerários probatórios para a comprovação dos fatos envolvidos na lide; entretanto, caso fracassem em tal desiderato, o resultado pode ser a impossibilidade de aplicação da norma jurídica invocada. Se a norma jurídica já foi aplicada, e processualmente restar provado que o fato que a originou inexistente ou possui algum defeito, ter-se-á a derrotabilidade da norma jurídica, em razão do “problema de prova”.

Para JORGE RODRÍGUEZ, no âmbito do conceito de derrotabilidade, uma conduta qualificada de acordo com certas normas jurídicas, em um caso particular, pode resultar sensível a variações de contexto, tanto em relação ao *contexto normativo* como também ao *contexto fático*. Apesar do “contexto normativo”, uma solução normativa correlacionada a um caso genérico, por uma norma jurídica, pode ser afastada se for considerada outra norma que assegure uma solução normativa logicamente incompatível com a anterior, sempre que se prefira

a solução estabelecida pela segunda norma em detrimento da primeira.<sup>151</sup> JORGE RODRÍGUEZ afirma que esta idéia admite uma “versão epistêmica”, uma vez que não somente quando se modifica o “contexto normativo” se torna possível a variação de soluções jurídicas, mas também quando se varia o conhecimento acerca das normas em jogo.

O que aqui interessa, no entanto, é a variação de “contexto fático”, pela qual se reconhece que as qualificações normativas se acham sensíveis a variações fáticas, pois ao alterá-las, torna-se factível a variação de soluções normativas. Isto ocorre, na sua ótica, porque ao se modificar as informações disponíveis sobre os fatos de um caso particular, uma norma que se considerava relevante para a solução pode deixar de sê-la, ou ainda, uma norma reputada irrelevante pode se tornar relevante.<sup>152</sup>

Como se vê, as questões probatórias são sobremaneira relevantes na análise da derrotabilidade, razão pela qual será dedicado um capítulo específico para a chamada “derrotabilidade processual” (cfr. capítulo 5, *infra*).

#### 4.1.2.4 Problemas de qualificação

São configurados os problemas de qualificação quando restam dúvidas sobre se determinado fato, que não é discutido, recai ou não sobre o campo de aplicação de um determinado conceito. ALCHOURRÓN e BULYGIN chamam esse fenômeno de lacunas de conhecimento (*lagunas de conocimiento*), para aludir aos casos individuais que, por falta de conhecimento das propriedades de fato, não se sabe se pertencem ou não a uma classe determinada de casos genéricos. Para eles, tanto as lacunas de conhecimento como as de reconhecimento são problemas de índole conceitual, aparecendo no âmbito da aplicação das normas

---

<sup>151</sup> RODRÍGUEZ, Jorge L. Introducción: Normas y Razones: Aspectos lógicos y sustantivos. *Discusiones: Razones y normas*. n.º 5, 2005. p. 20-21.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 21.

aos casos individuais e tem a sua origem em problemas empíricos ou empírico-conceituais (semânticos).<sup>153</sup>

Da matéria tributária se retira um exemplo significativo acerca desse problema. O Superior Tribunal de Justiça enfrentou por anos uma celeuma na qual se discutia a incidência ou não de ISS (Imposto sobre Serviços) sobre a atividade de franquia (*franchising*). A discussão central girava ao redor do significado jurídico de “franquia”, e sobre a possibilidade de inseri-lo dentro do conceito constitucional de “serviços”, para fins de cobrança do ISS. Apesar de entender que a matéria é constitucional, e, portanto, de competência do Supremo Tribunal Federal, o STJ investigou o mérito da questão.

O entendimento que prevaleceu foi aquele que considerou a franquia como dotada de uma natureza jurídica híbrida, indissociável de obrigações de dar, de fazer e de não fazer, sendo, dessa forma, inconciliável com as características constitucionais do ISS, o qual é marcado pela idéia de prestação de serviços, enquanto uma “obrigação de fazer”.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> ALCHOURRON, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción...*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>154</sup> “1. O ISS na sua configuração constitucional incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa ad substantia obligatio in faciendo, inconfundível com a denominada obrigação de dar. 2. Outrossim, a Constituição utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, com que implícita a norma do artigo 110, do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos. 3. Consectariamente, qualificar como serviço a atividade que não ostenta essa categoria jurídica implica em violação bifronte ao preceito constitucional, porquanto o texto maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributária-constitucional (RE 116121/SP). 4. Sob esse enfoque, é impositiva a regra do artigo 156, III, da Constituição Federal de 1988, verbis: “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...)” 5. A dicção constitucional, como evidente, não autoriza que a lei complementar inclua no seu bojo atividade que não represente serviço e, a fortiori, obrigação de fazer, porque a isso corresponderia franquear a modificação de competência tributária por lei complementar, com violação do pacto federativo, inalterável sequer pelo poder constituinte, posto blindado por cláusula pétrea. 6. O conceito pressuposto pela Constituição Federal de serviço e de obrigação de fazer corresponde aquele emprestado pela teoria geral do direito, segundo o qual o objeto da prestação é uma conduta do obrigado, que em nada se assemelha ao dare, cujo antecedente necessário é o repasse a outrem de um bem preexistente, a qualquer título, consoante a homogeneidade da doutrina nacional e alienígena, quer de Direito Privado, quer de Direito Público. 7. Deveras, o Código Tributário Nacional, como de sabença recepcionado como lei complementar, tratava dos Impostos sobre Serviços de Qualquer natureza, em seus artigos 71 a 73, revogados pelo Decreto-Lei nº 406/68, que estabeleceu normas gerais de Direito Financeiro, aplicáveis ao ICMS e ao ISS. 8. Consoante o aludido decreto-lei, constituía fato gerador do ISS a prestação, por empresa ou profissional autônomo,



Toda a argumentação jurídica levada a cabo nessa discussão concentrava-se, essencialmente, na qualificação do termo “franquia”. Entendeu-se que o conceito de serviço pressuposto pela Constituição Federal é de uma “obrigação de fazer”, *i.e.*, o objeto da prestação é uma conduta do obrigado, distante de qualquer tipo de obrigação de dar. Falando de e com a derrotabilidade, a norma jurídica de incidência, que pretendia a cobrança do ISS, foi derrotada em razão da comprovação do não-enquadramento do conceito de franquia ao conceito constitucional de serviços.

## 4.2 CONDIÇÕES DE DERROTABILIDADE

HUMBERTO ÁVILA também analisou a derrotabilidade, a que ele chama de superabilidade, no âmbito de seu estudo sobre as especificidades das regras e dos princípios. No seu ponto-de-vista, as regras devem ser obedecidas, em situações normais, porque sua obediência promove a solução previsível, eficiente e geralmente equânime de conflitos sociais; no entanto, não são absolutas e tampouco são superáveis com facilidade. Partindo dessa premissa, ele

---

com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa ao diploma legal, ainda que sua prestação envolvesse o fornecimento de mercadoria. 9. Na citada lista de Serviços, anexa ao Decreto-Lei 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56, de 15 de dezembro de 1987, encontrava-se elencada a atividade de ‘Agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia (franchise) e de faturação (factoring) (excetuam-se os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);’ (Item 48). 10. Destarte, a franquia não era listada como serviço pelo legislador complementar, mas, sim, as atividades de corretagem, agenciamento e intermediação que a tivessem por objeto, panorama que restou modificado pela Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, que revogou os artigos 8º, 10, 11 e 12, do Decreto-Lei 406/68, bem como a Lei Complementar 56/87, entre outros dispositivos legais. 11. Os Itens 10 e 17, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, elencam, como serviços tributáveis pelo ISS, o agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de leasing, de franchising e de factoring (Subitem 10.04), bem como a franquia (Subitem 17.08). 12. A mera inserção da operação de franquia no rol de serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 não possui o condão de transmutar a natureza jurídica complexa do instituto, composto por um plexo indissociável de obrigações de dar, de fazer e de não fazer. 13. Destarte, revela-se inarredável que a operação de franquia não constitui prestação de serviço (obrigação de fazer), escapando, portanto, da esfera da tributação do ISS pelos municípios. 14. A afirmação de constitucionalidade da inserção da franquia como serviço e a proposição recursal no sentido de que aquela incide em inequívoca inconstitucionalidade do Subitem 17.08, da relação anexa à Lei Complementar 116/2003, conjura a incompetência imediata do STJ para a análise de recurso que contenha essa antinomia como essência em face da repartição constitucional que fixa os lindes entre esta E. Corte e a Corte Suprema (...). (STJ, Recurso Especial n.º 885.530, rel. Min. Luiz Fux, DJU 28/08/2008).

desenvolve um modelo bidimensional, na medida em que é material (exige requisitos de conteúdo) e procedimental (exige requisitos de forma), ao mesmo tempo.<sup>155</sup> A seguir, explicar-se-ão estes requisitos, adequando-os quando necessário.

#### **4.2.1 Requisitos materiais**

Para HUMBERTO ÁVILA, a superação de uma regra será tanto mais flexível quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade provocar tal itinerário. Nesse contexto, o grau de resistência de uma regra à superação está vinculado tanto à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico), quanto à realização do valor formal subjacente às regras (valor formal de segurança jurídica), de sorte que o grau de promoção do valor segurança está relacionado à possibilidade de reaparecimento freqüente de situação similar.<sup>156</sup>

Então, a resistência à superação será maior quando esta comprometer a realização do valor segurança jurídica, especialmente em áreas onde a padronização é importante (Direito Penal e Direito Tributário) e, por outro lado, será muito pequena naqueles casos em que o alargamento ou a restrição da hipótese da regra seja indiferente em relação à segurança jurídica. Aduzindo essas considerações, HUMBERTO ÁVILA conclui que o grau de resistência da regra há de ser tanto superior quanto mais a tentativa de fazer justiça para um caso possa afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos.<sup>157</sup>

Por outro lado, “o grau de resistência da regra deverá ser tanto inferior quanto menos a tentativa de fazer justiça para um caso afetar a promoção da justiça para a maior parte dos casos (...)”, motivo pelo qual “a superação de *uma regra* depende da aplicabilidade geral *das regras* e do equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual”.<sup>158</sup> Com isso, a decisão de

---

<sup>155</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 114-115.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 117-118.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 117-118.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 118-119.

superar uma regra deveria sempre considerar a repercussão, em outras regras, dos termos excepcionais nela consignados.

Pois bem. Sem embargo de concordamos com a linha de raciocínio de HUMBERTO ÁVILA, especialmente sobre a necessária consideração da segurança jurídica nos casos de derrotabilidade, entendemos que, em um modelo ideal, a exceção há de ser inserida nos termos gerais da regra, mediante um processo de universalização, dentro do qual os demais “destinatários normativos” podem (e devem) se beneficiar da mesma solução conseguida no julgamento “excepcional”. As regras possuem maior resistência à superação do que os princípios, todavia, quando derrotados no âmbito interpretativo, o procedimento de universalização/generalização impõe que “a exceção” seja incorporada à norma, permitindo que possa ser invocada por todos que queiram dela se valer.

Sem dúvida, uma decisão excepcional deve considerar as suas conseqüências jurídicas, encampando nesse ponto a própria essência do pragmatismo, pelo qual, na visão de RICHARD POSNER, os Juízes devem se preocupar com as conseqüências de suas decisões, não somente em relação ao resultado isolado do caso concreto, mas, sobretudo, acerca dos reflexos que a decisão que desconsidera um contrato ou foge de um precedente pode provocar nas atividades comerciais.<sup>159</sup> Entretanto, quando a excepcionalização é promovida, a universalização da decisão é a medida que se exige em nome da coerência. Bem por isso, lembra JOSÉ RENATO CELLA, “caso o intérprete não esteja disposto a generalizar sua decisão, então há algum problema com seus fundamentos, dado que a ação e as circunstâncias consideradas relevantes são exatamente as mesmas – a menos que novas condições relevantes surjam, caso em que se terá um novo critério, igualmente universalizável.”<sup>160</sup>

A análise da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal constitui um exemplo elucidativo para o que se quer dizer. Este verbete prevê que “não

---

<sup>159</sup> POSNER, Richard A. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*. v. 35, Jan/2004. p. 150.

<sup>160</sup> CELLA, José Renato. *Controle das decisões jurídicas pela técnica do auto-precedente: lógica deôntica paraconsistente aplicada em sistemas especialistas legais*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2008. p. 92.

competete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” Por mais que o enunciado da Súmula mantenha-se como “regra jurisprudencial” para todos os julgamentos, isso não impediu que o STF conhecesse e julgasse *habeas corpus* quando restou evidenciado “flagrante constrangimento ilegal”.<sup>161</sup> O Superior Tribunal de Justiça também mantém a mesma inteligência a respeito da Súmula 691, afastando-a em casos teratológicos. Nessas decisões, é reconhecida a existência de uma regra específica para a situação, aplicável de forma geral e abstrata, mas em razão da peculiaridade do caso e mediante profunda argumentação, emana-se uma decisão excepcional.

Este comportamento judicante pode ser enquadrado como uma aplicação prática dos adágios latinos *exceptio declarat regulam* (a exceção aclara a regra) e *exceptio probat regulam* (a exceção confirma a regra). Com efeito, esta prática tem o condão de reforçar a aplicação da regra geral, mostrando, entretanto, uma abertura que permite soluções atípicas em razão das particularidades do caso concreto.<sup>162</sup> A universalização da “exceção”, longe de infirmar totalmente a regra, é medida imposta pela igualdade e justiça, para a adequação dos novos termos normativos da regra ao entendimento, naquele momento, excepcional.

Nesse caso, coexistem duas normas jurídicas: a primeira, atinente à regra geral, é aplicável aos casos em que não resta configurado “flagrante constrangimento ilegal”; a segunda, é a que tutela a exceção, quando está presente o “flagrante constrangimento ilegal”. Não se trata de uma simples “revisão de crença”, pois cada norma será aplicável a uma classe específica de situações concretas.

Com efeito, o requisito material mais importante da derrotabilidade é a coerência do julgador ou órgão durante a decisão. O julgamento há de ser pautado pela coerência em relação aos entendimentos pretéritos, a fim de restar

---

<sup>161</sup> STF, Habeas Corpus n.º 85.185-1, rel. Min. Cezar Peluso; STF, Habeas Corpus n.º 84.014, rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>162</sup> Cfr. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Pragmatismo jurídico e pensamento do possível: entre as possibilidades judicantes e a previsibilidade do direito positivo. In: KARKACHE, Sergio (coord.). *Temas de Direito Público*. Curitiba: Editora da UFPR, 2008. p. 63-73.

resguardada a segurança jurídica mesmo nos casos de derrotabilidade.<sup>163</sup> Em nome da coerência, o processo de inserção da “exceção” no interior da regra impõe o fenômeno da universalização, a partir do qual a decisão singular se torna paradigmática, referência e modelo às ulteriores decisões de casos similares. Efetivamente, há normas jurídicas cujo impacto da derrotabilidade é maior (ou menor), motivo pelo qual o descrímen de HUMBERTO ÁVILA nesse aspecto é perfeito. Ocorre, todavia, que isso não impede o itinerário de universalização/generalização das decisões baseadas na derrotabilidade.

#### **4.2.1 Requisitos procedimentais**

Os *requisitos procedimentais* são aqueles desenvolvidos por HUMBERTO ÁVILA para aludir às exigências formais da “superabilidade”. Em sua teoria, parte-se do pressuposto de que as regras possuem um caráter imediatamente descritivo de conduta ou de atribuição de poder para a adoção, cabendo ao intérprete a aplicação da regra cujo conceito seja finalmente correspondente aos conceitos dos fatos, razão pela qual são dotadas de uma eficácia decisiva que os princípios não possuem. Isto porque, no seu entender, as regras estabelecem uma decisão para um conflito de razões, não cabendo ao aplicador substituir pura e simplesmente a ponderação legislativa pela sua, pois elas possuem, ademais, uma eficácia de trincheira (são *entrincheiradas* no léxico de FREDERICK SCHAUER), podendo ser superadas, mas só o serão por razões extraordinárias e mediante um ônus de fundamentação maior.<sup>164</sup>

HUMBERTO ÁVILA comenta, então, que a superação de uma regra deve ter uma justificativa condizente, com a demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente, além de impor a demonstração de

---

<sup>163</sup> Não se descarta a possibilidade de mudança de entendimentos, porém, inclusive nesses casos, a coerência deve estar presente, como requisito teórico indispensável, seja para a aplicação do direito, seja para a própria ciência do direito, como se infere das palavras de Jaap Hage e Aleksander Peczenik: “(...) la mejor teoría sobre lo que el Derecho es es esa parte de la teoría más coherente de todo que se ocupa de los contenidos y la naturaleza del Derecho. (HAGE, Jaap; PECZENIK, Aleksander. *Conocimiento...*, *op. cit.*, p. 36).

<sup>164</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 117-118.

que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica, daí porque a superação de uma regra estará condicionada à comprovação de que a justiça individual não afetará substancialmente a justiça geral.<sup>165</sup>

Outrossim, sustenta HUMBERTO ÁVILA, a superação de uma regra deverá ter uma fundamentação condizente, impondo a exteriorização, de modo racional e transparente, das razões que autorizam a superação, ou seja, uma regra não pode ser superada sem que as razões de sua superação sejam exteriorizadas. Sendo assim, a fundamentação há de ser escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada.<sup>166</sup> Aqui deve ser reconhecida e aplicada a ressalva de HABERMAS, no sentido de que a simples possibilidade de revisão da decisão impõe uma fundamentação cuidadosa das decisões, inclusive porque há uma necessária concentração da jurisdição em tribunais cada vez mais altos, levando à uniformização e ao aperfeiçoamento do Direito.<sup>167</sup> A fundamentação é, pois, o requisito indispensável para qualquer alegação de derrotabilidade normativa.

Finalmente, HUMBERTO ÁVILA destaca que a superação de uma regra deverá ter uma comprovação condizente, ou seja, “não sendo necessárias, notórias e nem presumidas, a ausência do aumento excessivo das controvérsias, da incerteza e da arbitrariedade e a inexistência de problemas de coordenação, altos custos de deliberação e graves problemas de conhecimento devem ser comprovadas por meios de prova adequados (...).”<sup>168</sup> Importa dizer, a mera alegação de litigiosidade da interpretação não será suficiente para a superação de uma regra.

Estes requisitos procedimentais constituem um caminho seguro a toda empreitada que pretenda invocar a derrotabilidade de uma regra (o que poderíamos estender a todas as normas). O requisito mais importante, a nosso ver, é a necessária fundamentação e motivação da decisão que se vale da

---

<sup>165</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>167</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito...*, *op. cit.*, p. 294-295.

<sup>168</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 120.

derrotabilidade. Para derrotar uma interpretação *prima facie* do direito positivo, o intérprete há de motivar o seu ato, de forma densa e muito clara, sem o que a sua inteligência será taxada de ilegal, por estar em descompasso com a legislação, ou até mesmo inconstitucional, por ser contrária aos termos da Constituição.

Há uma relação umbilical entre a norma jurídica que encampa a derrotabilidade e a sua fundamentação/motivação, uma necessidade apodítica sem a qual a pretensão de superação não terá cabimento. Se um sujeito deixa de parar no semáforo vermelho sob alegação de estado de necessidade (levava a esposa ao hospital), e a penalidade do Código Brasileiro de Trânsito então é afastada em sede de julgamento administrativo, porque foi acolhida essa alegação, tal decisão deve ser amplamente fundamentada e motivada. A fundamentação é, pois, a peça chave da teoria da derrotabilidade e não se pode concebê-la sem esse suporte que lhe concede justificação e consistência.

#### **4.3 INCIDÊNCIA E DERROTABILIDADE**

A incidência é uma categoria jurídica controvertida. O seu conceito intuitivo consiste na idéia de que a norma jurídica *incide* quando ocorre(m) o(s) fato(s) previsto(s) em sua hipótese. A ciência do direito discute a relação entre incidência e aplicação do direito, de maneira que existem dois entendimentos diametralmente opostos a respeito dessa relação. O primeiro grupo entende que incidência e aplicação do direito não se equivalem, pois são realidades distintas que se referem a fenômenos (e a momentos) inconfundíveis. O segundo grupo aproxima a incidência da aplicação do direito, de modo que os dois conceitos podem (e são) tratados como uma única realidade. A seguir, serão analisados os dois entendimentos, para ao final, discutir-se o qual melhor se adéqua à realidade da derrotabilidade.

#### 4.3.1 Incidência automática e infalível

PONTES DE MIRANDA, no primeiro tomo do seu *Tratado de Direito Privado*, desenvolve o conceito de incidência a partir da noção segundo a qual, para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas (normas abstratas) “*incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’.”<sup>169</sup> No pensamento ponteano, quando o Código Civil estatui que, aberta a sucessão, *i.e.*, morto alguém, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, porquanto estabelece o Código que ao fato (jurídico) da morte suceda, imediatamente (automaticamente), o fato jurídico da transmissão dos bens. Na sua ótica, “nenhum instante fica vazio entre a propriedade do falecido e a propriedade dos herdeiros”, pois tudo isso se desenrolaria mediante o “pensamento”, que está na regra jurídica, e incide nos fatos, porém as suas conseqüências são visíveis.<sup>170</sup>

Para PONTES, a incidência das regras jurídicas não se relaciona com o seu atendimento, exatamente porque configura fato do mundo dos pensamentos. Por esse motivo, a incidência não falharia, somente o atendimento à regra, razão bastante para se concluir que a falta no atendimento provocaria a não-coincidência entre incidência e atendimento e a necessidade de aplicação da previsão pelo Estado.<sup>171</sup>

Seguindo a concepção ponteana, SOUTOR MAIOR BORGES sustenta que “o direito foi concebido, e logicamente construído, para que as normas jurídicas incidissem. Mas a incidência decorre da essência das normas jurídico-positivas, não de considerações dogmáticas testáveis ou concepções jusnaturalistas e pois extra-empíricas.”<sup>172</sup> O maior destaque da teoria ponteana é a autonomia conceitual entre incidência e aplicação. Nesse aspecto, SOUTO MAIOR afirma que a incidência da norma independe de seu reconhecimento, uma vez que constitui apenas uma vinculação lógica e jurídico-dogmática entre o direito

---

<sup>169</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 83 e ss.

<sup>172</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso...*, *op. cit.*, p. 35.



positivo abstrato e a conduta concreta. A incidência, nesse ponto de vista, seria essencial à causalidade jurídica, expressada mediante o dever-ser das normas (se ocorrer o fato *f*, então deve-ser a prestação *p*), com independência do reconhecimento da relação imputacional.<sup>173</sup>

A infalibilidade da incidência seria um corolário lógico dessas pressuposições. A respeito, PONTES propõe que a incidência das regras jurídicas seria infalível, isto é, “todos os suportes fáticos, suficientes, que se compuseram, são coloridos por ela, sem exceção.”<sup>174</sup> Nas lições ponteanas, a vontade humana nada poderia contra a incidência, pois a regra jurídica somente se realizaria quando, além da coloração da incidência, os fatos fossem efetivamente subordinados a ela, a partir do que a vontade humana poderia muito.<sup>175</sup> Por exemplo, “Se A devia cortar o cano de água até meio-dia e o fez, A realizou a regra jurídica que incidira. Se A não o fez, A violou a regra jurídica.”<sup>176</sup> Como se vê, este é um modelo similar à teoria de DWORKIN, do tudo ou nada na aplicação da regra jurídica (*applicable in all-or-nothing fashion*).<sup>177</sup>

#### **4.3.2 Incidência mediante a linguagem competente do aplicador**

PAULO DE BARROS CARVALHO construiu uma proposta teórica na qual a incidência não ocorreria no mundo do pensamento, de forma infalível e independente de qualquer conduta humana, pelo contrário, seria um ato intrinsecamente lingüístico e necessariamente intermediado pela ação humana.<sup>178</sup> Sem embargo de estar inserida no estudo do Direito Tributário, esta teoria, em razão de sua amplitude e abrangência, alcançou todas as “áreas” do Direito, de

---

<sup>173</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso...*, *op. cit.*, p. 45 e ss.

<sup>174</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado...*, *op. cit.*, p. 83 e ss.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 83 e ss.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>177</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando...*, *op. cit.*, p. 23 e ss.

<sup>178</sup> Esse é o tema central do trabalho de Paulo de Barros Carvalho intitulado “*Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*”, tese com a qual o autor logrou alcançar o título de Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo, publicada pela Editora Saraiva, hoje em sua 6ª edição.

modo que a incidência voltou a ser discutida e a teoria ponteana começou a ser repensada.

Para esta doutrina, em se tratando de incidência, é necessário distinguir duas categorias jurídicas, quais sejam: a dos “eventos”, assim entendidos como a realidade social, dos acontecimentos do mundo fenomênico; e a dos “fatos”, considerados como a realidade social vertida em linguagem do Direito. Importa dizer, os fatos “são enunciados proferidos na linguagem competente do direito positivo, articulados em consonância com a teoria das provas.”<sup>179</sup>

Nessa linha de raciocínio, os “fatos da realidade social” são considerados apenas eventos, enquanto não forem constituídos em linguagem jurídica própria. Se o evento não existiu efetivamente, todavia um fato o “relatou” em linguagem competente, possuirá então efeitos jurídicos; no entanto, se existiu o evento, porém não foi vertido em linguagem, ao Direito não significará nada. As normas jurídicas, gerais e abstratas, de cunho conotativo (contendo uma classe de predicados que não de ser observados), devem ser subsumidas por *fatos* (denotativos), sem os quais não se falará em incidência. Os fatos não se equivalem aos eventos e tampouco estão contidos na hipótese da norma jurídica, longe disso, eles são entendidos como enunciados protocolares que fazem referência espaço-temporal ao momento em que o evento ocorreu.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso...*, *op. cit.*, p. 358.

<sup>180</sup> PAULO DE BARROS CARVALHO, para ilustrar a sua teoria, cita a seguinte situação: “Pensemos num exemplo singelo: nasce uma criança. Isto é um evento. Os pais, entretanto, contam aos vizinhos, relatam os pormenores aos amigos e escrevem aos parentes de fora para dar-lhes a notícia. Aquele evento, por força dessas manifestações de linguagem, adquiriu também proporções de um fato, num de seus aspectos, *fato social*. Mas não houve o fato jurídico correspondente. A ordem jurídica, até agora ao menos, não registrou o aparecimento de uma nova pessoa, centro de imputação de direitos e deveres. A constituição jurídica desse fato vai ocorrer quando os pais ou responsáveis comparecerem ao cartório de registro civil e prestarem declarações. O oficial do cartório expedirá norma jurídica, em que o antecedente é o fato jurídico do nascimento, na conformidade das declarações prestadas, e o conseqüente é a prescrição de relações jurídicas em que o recém-nascido aparece como titular de direito subjetivos fundamentais (ao nome, à integridade física, à liberdade etc.), oponíveis a todos os demais da sociedade. Eis uma relação jurídica em que o sujeito ativo está determinado, e o passivo, em estado de indeterminação. É que, muitas vezes, o direito posto não se satisfaz com a linguagem ordinária que utilizamos em nossas comunicações corriqueiras: exige uma forma especial, fazendo adicionar declarações perante autoridades determinadas, requerendo a presença de testemunhas e outros requisitos mais. justamente o que sucede no caso do nascimento. A linguagem do direito não aceita a comunicação que os pais fazem aos vizinhos,

As normas gerais e abstratas não conseguem incidir, *spont propria*, sem a positivação que ocorre por meio das normas individuais e concretas. Segundo este entendimento, não há incidência *automática* e *infalível* apenas com a ocorrência do “evento” no mundo fenomênico, porquanto a infalibilidade da incidência existiria tão-somente quando se está diante de um *fato jurídico*, assim considerado como a manifestação do intérprete por meio de uma linguagem competente, mediante a expedição de uma norma individual e concreta.

Os sujeitos aptos a emitirem estas normas individuais e concretas, nessa linha de pensamento, não se restringem unicamente à Administração Pública e ao Judiciário, mas também aos cidadãos. Isto porque o direito positivo brasileiro prevê situações nas quais o próprio cidadão é quem deve interpretar e aplicar as previsões textuais, como no ato tributário de lançamento por homologação, no qual não há participação do Poder Público no momento da interpretação/aplicação do direito.<sup>181</sup>

Vê-se, pois, a diametral diferença entre as perspectivas acerca da incidência normativa. Importante, agora, será analisar qual destas noções se mostra mais adequada para o tratamento do fenômeno da derrotabilidade.

#### **4.3.3 A incidência segundo a derrotabilidade**

Tivemos a oportunidade de revelar os principais aspectos teóricos da derrotabilidade, assim como expusemos as duas correntes doutrinárias desenvolvidas para a disciplina da incidência. Chegou o momento de cotejarmos as exposições realizadas em cada tópico. Segundo nos parece, a derrotabilidade não comporta a análise à luz dos dois conceitos, sendo, portanto, destinada a se amoldar a somente um deles. Para a exposição do conceito que se nos afigura mais congruente, trabalharemos com uma situação concreta.

---

amigos e parentes. Impõe, para que o fato se dê por ocorrido juridicamente, um procedimento específico. Eis a *linguagem do direito positivo* (Ldp) incidindo sobre a *linguagem da realidade social* (Lrs) para produzir uma unidade na *linguagem da facticidade jurídica* (Lfj).” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso...*, *op. cit.*, p. 358-359).

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 361 e ss.

A Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, para alegar a inconstitucionalidade da Lei n.º 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência, sob a alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio.<sup>182</sup>

Diante desta pretensão, o STF entendeu pela constitucionalidade da previsão legal, ao argumento de que o Brasil assinou, perante as Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei n.º 8.899/94, então, faria parte deste contexto, como forma de inserção dos “portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.”

A previsão legal, tal como formulada, previa em seu artigo 1º que “é concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.” Pois bem. Na teoria da incidência pontânea, a regra pode ser assim exemplificada: Se A é pessoa carente e portadora de deficiência, então, automática e infalivelmente deve gozar do passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual. Se não for concedido o passe livre, ocorrerá a violação da regra.

Ocorre, entretanto, que as previsões textuais também aplicáveis ao caso não podem ser colocadas em termos de regras “desjuridicizantes” ou “pré-juridicizantes” (cfr. item 3.2.3, *supra*). A questão em tela é essencialmente principiológica e nela não se pode falar em incidência automática e infalível de

---

<sup>182</sup> STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2649/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, DJU 16/10/2008.

princípios; antes da manifestação do STF, sequer era possível cogitar quais princípios seriam aplicáveis à situação. Foi necessária uma interpretação sistemática que articulasse a aplicação dos princípios, perante o caso concreto e mediante linguagem competente, sem o que não se teria definida a efetiva incidência da previsão legal.<sup>183</sup> A regra isolada, poderia ser interpretada (e cumprida) *prima facie*, mas sistematicamente se mostrava incerto o seu conteúdo. Por se tratar de uma questão eminentemente principiológica, até a decisão do STF, não se sabia se a regra permaneceria obrigando o passe-livre, se ela seria considerada inconstitucional, ou então, se existiria uma terceira solução, *p.ex.*, com a imposição de que Poder Público arcasse com o custo da passagem. Resta clara, pois, a dificuldade no tratamento de previsões textuais *prima facie* no bojo da teoria da incidência ponteana, diante de controvérsias normativas, especialmente as principiológicas.

O próprio SOUTO MAIOR BORGES, a quem coube a melhor defesa da teoria ponteana, fez temperamentos sobre o descumprimento da regra e a aplicação de princípios, no sentido de que “nem toda inaplicação de norma que incidiu deve ser havida *a priori* como hipótese de ilicitude. Ela pode decorrer de exigências intercorrentes na aplicação ao caso concreto de leis infra-ordenadas à CF, *p.ex.*, quando se afasta a aplicação inconstitucional de lei constitucional. (...) Também aqui a lógica do direito deve ser movida pela razoabilidade.”<sup>184</sup> Não se trata, a nosso ver, do reconhecimento da razoabilidade, mas sim, do fato de que a incidência automática e infalível se mostra incompatível com a interpretação sistemática do direito positivo e com a plurivocidade das mensagens legislativas.

A incidência automática e infalível pressupõe uma univocidade do texto que não corresponde com a realidade. O clássico exemplo da placa determinando “é proibido usar biquíni” pode ser interpretado em sentidos opostos, dependendo

---

<sup>183</sup> A correlação entre a análise principiológica e a visão sistemática do Direito é indispensável. Nessa linha, José Roberto Vieira conclui que os princípios compõem de modo especial a estrutura do sistema, possuindo excepcional vigor aglutinante, frisando, nesse tópico, a “inafastável exigência de atingir-se a trama normativa toda, e especialmente a constitucional, pela via sistemática.” (VIEIRA, José Roberto, *A Noção de Sistema no Direito. Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n.º 33. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 53-64).

<sup>184</sup> BORGES, José Souto Maior. *Curso...*, *op. cit.*, p. 48.

do contexto onde a regra será inserida, se em uma praia naturista ou em um restaurante. Nesse exemplo, Se A usar biquíni, violará ou não a regra? A regra incidiu ou não?

Com efeito, o maior problema não se encontra na incidência de uma norma isolada, mas na conjunção sistemática de diversas normas, de maneira que a própria solução normativa pode restar alterada substancialmente. A dificuldade maior não está em aceitar que a incidência de uma norma isolada pode ocorrer no mundo do pensamento, mas em como diversas incidências concomitantes, sem um valor de verdade (mesmo em uma verdade por correspondência), pode gerar uma solução jurídica diversa, de forma patentemente falível (derrotável).

A teoria ponteana da incidência constitui um modelo ideal, semelhante ao Juiz Hércules de DWORKIN, mostrando-se aceitável apenas e tão-somente quando a norma jurídica é bem formada sintaticamente, semanticamente e pragmaticamente. Considerando que esta “perfeição” é contingente, é possível afirmar que as disposições *prima facie* do direito positivo devem ser obedecidas não porque houve a incidência, mas por receio de eventual sanção, por simples cumprimento de um mandamento, enfim, porque os destinatários normativos sabem que devem atender às prescrições textuais, salvo se existir uma razão suficiente para não fazê-lo.

A teoria de PAULO DE BARROS CARVALHO, por esses motivos, afigura-se como a mais adequada para o tratamento da incidência em consonância com a interpretação sistemática do direito positivo. Esta linha de raciocínio, outrossim, permite a inserção da derrotabilidade no conceito de incidência, pois em face do caso concreto e durante a expedição da norma individual e concreta, pode o intérprete, mediante decisão fundamentada e motivada, derrotar a previsão *prima facie* do direito positivo.

## 5 A DERROTABILIDADE PROCESSUAL

### 5.1 INTRODUÇÃO À DERROTABILIDADE PROCESSUAL

No capítulo terceiro foi exposta uma visão estática, conceitual, dos pressupostos da teoria da derrotabilidade. No quarto capítulo apresentou-se uma perspectiva estática-dinâmica da derrotabilidade em relação às normas jurídicas. Agora, será trazida uma análise processual, essencialmente dinâmica, pragmática, baseada naquilo que ROBERT ALEXY chamou de “regras para partilhar a carga da argumentação”. Esta exigência, qualificada como uma das regras do discurso prático, permite que toda pessoa problematize qualquer afirmação, porém com requisitos, porque “quem se propõe a tratar a pessoa A diferentemente da pessoa B é obrigado a dar justificação por fazer isso.”<sup>185</sup>

Tal regra se equivale ao “princípio da inércia” de CHAIN PERELMAN, segundo o qual a “inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes.”<sup>186</sup> Em outras palavras, “a diferença entre regra e exceção está no fato de que a exceção deve ser justificada.”<sup>187</sup>

Estes conceitos coincidem com a distribuição do ônus da prova, presente no Processo Civil, e encontram-se no centro das atenções dos estudos de derrotabilidade processual. Como se viu, a derrotabilidade proporciona uma série de caminhos investigativos para a Teoria Geral do Direito, afetando temas como aplicação, interpretação e incidência, além de implicar na análise de questões filosóficas como a incompletude do conhecimento e a indeterminação jurídica. Nesse momento, a face processual da derrotabilidade merecerá atenção,

---

<sup>185</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>186</sup> PERELMAN, Chain; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 120.

<sup>187</sup> BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 10.

sobretudo a partir da ótica de GIOVANNI SARTOR e NEIL MACCORMICK, dois autores que implementaram esquemas pragmáticos para a aplicação da teoria.

### 5.1.1 Teoria de Giovanni Sartor

GIOVANNI SARTOR desenvolveu um dos sistemas mais conhecidos de derrotabilidade processual.<sup>188</sup> Em seus estudos, além de analisar diferentes noções lógicas de argumentação legal, SARTOR apresenta um sistema de argumentação derrotável, destinado a modelar o raciocínio normativo. No presente estudo, o objeto estará restrito aos aspectos eminentemente processuais de sua teoria, sem serem aprofundados os desdobramentos analíticos.<sup>189</sup>

Em uma estrutura normativa hipotético-condicional, SARTOR explica a distinção entre duas categorias de elementos presentes no antecedente normativo; a primeira atinente aos elementos que devem ser provados (chamada de *probanda*) e a segunda referente aos elementos que não podem ser configurados (chamada de *non-refutanda*). A existência da *probanda*, para SARTOR, é necessária para a derivação dos efeitos legais, situação que impõe ao interessado o ônus de demonstrá-la; por outro lado, a comprovação da *non refutanda* é desnecessária àquele que almeja a aplicação da norma jurídica, somente interessando a quem quer ver a norma inaplicada.<sup>190</sup>

Esta perspectiva não constitui nenhuma novidade em termos processuais, seguindo inclusive a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro.

---

<sup>188</sup> SARTOR, Giovanni, *Defeasibility...*, *op. cit.*, p. 281-316; PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *The three faces...*, *op. cit.*, p. 118-139; PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *Representing Legal Precedents as Defeasible–Argumentation Structures* (preliminary report). In: *Proceedings of the Workshop on Computational Dialectic*. International Conference on Formal and Applied Practical Reasoning. Bonn: 1996. *passim*; SARTOR, Giovanni. *Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick’s Rhetoric and the Rule of Law*. *EUI-LAW Working Papers*. n.º 23. European University Institute (EUI): Department of Law: 2006. p. 12.

<sup>189</sup> Para a perspectiva analítica da teoria de SARTOR e PRAKKEN, em língua portuguesa, v.: MARREIROS, Maria Goreti Carvalho. *Agentes de apoio à argumentação e decisão em grupo*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade do Minho. Braga: 2007. p. 94-97. Veja-se, também: WANG, Peng-Hsiang. *Defeasibility in der juristischen Begründung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2004. p. 68-78, no tópico intitulado “*Probanda und Non-refutanda: Sartors Theorie*”.

<sup>190</sup> SARTOR, Giovanni, *Defeasibility...*, *op. cit.*, p. 282.



Seu grande mérito, todavia, foi possibilitar a articulação lógica da impossibilidade de elaboração de uma lista de exceções para cada norma jurídica, trazendo este fato para o seio da argumentação jurídica. Invocando a lógica não-monotônica, SARTOR enfrentou esta situação através da elaboração de “métodos de inferência que derivam conclusões a partir de regras gerais e que permitem o afastamento de tais conclusões quando uma de suas condições necessárias venha a falhar.”<sup>191</sup>

SARTOR defende a utilização, na argumentação jurídica, de uma lógica não-monotônica, pela qual é possível extrair conclusões mesmo com a ausência de informação completa acerca do quadro de premissas e, ainda, possibilita a alteração da conclusão diante da modificação do conjunto de premissas, situação com a qual a lógica clássica (monotônica) não é compatível (v. item 3.3.1, *supra*). Nessa linha de raciocínio, a derrotabilidade se mostraria a melhor forma para conciliar os rigores formais da lógica e as possibilidades dialógicas da teoria da argumentação, pretensão que encontra nessa teoria o seu caminho mais adequado, pois “a tensão entre a lógica e a argumentação deve preferivelmente ser superada estendendo-se métodos formais para fora do domínio da dedução, aos momentos de conflito dialético - e conseqüentemente da escolha e da aplicação - que caracterizam o raciocínio legal e moral.”<sup>192</sup>

Com efeito, é possível exemplificar o entendimento de SARTOR mediante a análise da seguinte situação: segundo o Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 183, “decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.” Para a declaração da perda do prazo processual, o Juiz da causa (ou a parte interessada) não precisa investigar a existência ou não de uma “justa causa”, mas apenas e tão-somente aferir empiricamente o decurso de

---

<sup>191</sup> “Nonmonotonic logics (...) offer inference methods to derive conclusions by means of the general rules, but allow us to retract those conclusions whenever one of the necessary qualification fails.” (SARTOR, Giovanni, *Defeasibility...*, *op. cit.*, p. 305).

<sup>192</sup> “The tension between logic and argumentation must instead be overcome by extending formal methods outside the domain of deduction, to the moments of dialectical conflict — and therefore of choice and evaluation — which characterise legal and moral reasoning”. (SARTOR, Giovanni. *A formal model of legal argumentation. Ratio Juris. v. 7, p. 177*).

prazo sem a manifestação daquele que deveria fazê-lo. A *probanda* da norma jurídica criada a partir do artigo 183 do CPC consiste na simples demonstração do decurso de prazo, sendo este ato bastante-em-si para a sua aplicação.

Sob a parte que recai o prejuízo pela perda do prazo incumbe o ônus processual de demonstrar a “justa causa”, apta a afastar a preclusão, *i.e.*, a parte prejudicada deve se ater ao argumento *non-refutanda*, de modo que ele possa infirmar a norma jurídica cujo *probanda* fora configurado. A figura da *non-refutanda* é equivalente aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito postulado, ao passo que o *probanda* é, por excelência, a categorização dos fatos constitutivos. Em relação ao artigo 183 do CPC, não existe um rol taxativo de exceções capazes de impedir a irradiação dos efeitos normativos, razão pela qual se mostra oportuna a construção de uma teoria que permita a aplicação do preceito normativo, aceitando unicamente a configuração dos fatos constitutivos, mas que consiga inibir a força normativa mediante a consideração de argumentos explícitos ou implícitos.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre um pedido de devolução de prazo processual em razão da configuração de “justa causa”. A alegação era de que o Advogado da parte prejudicada encontrava-se adoecido no momento em que fluía o prazo, motivo pelo qual não poderia praticar o ato processual. O STJ entendeu que o artigo 183, § 1º, do CPC, deve ser interpretado com a compreensão voltada para o laço de confiança firmado entre cliente e Advogado, daí porque, se o patrono adoece e fica impossibilitado, por estar internado no hospital, de preparar dentro do prazo a peça recursal, o Juiz há de relevar a intempestividade, considerando a excepcionalidade da situação.<sup>193</sup> Assim, entendeu-se que a doença do Advogado pode configurar a “justa causa”, quando a moléstia for imprevisível e capaz de impedir a prática do ato processual. A principal justificativa para este entendimento consiste no fato de que o Advogado não é instrumento fungível, pelo contrário, “é um técnico, um artesão, normalmente insubstituível na confiança do cliente e no escopo de conseguir-se

---

<sup>193</sup> STJ, Recurso Especial n.º 627.867/MG, rel. Min. José Delgado, DJU 14/06/2004, RT 829/170.

um trabalho eficaz”, sendo que, “exigir que o Advogado, vítima de mal súbito e transitório, substabeleça a qualquer um o seu mandato, para que se elabore às pressas e precariamente um ato processual, é forçá-lo a trair a confiança de seu constituinte.”

Esta teoria pretende se colocar como diferenciada, noticia JUAN CARLOS BAYÓN, porque parte da premissa de que o raciocínio jurídico é derrotável, pois, se não o fosse, segundo a teoria sartoriana, não haveria forma de explicar como uma decisão pode estar realmente justificada a partir de um conjunto de premissas  $P_1$ , ou seja, com todos os *probandas* configurados e, sem embargo, não o estar diante de um conjunto ampliado de premissas  $P_2$ , que acrescenta à  $P_1$  a premissa adicional *non-refutada*.<sup>194</sup>

Fazendo referência à situação acima colecionada, a lógica clássica não comporta *conjuntamente*  $p \rightarrow r$  (em que “ $p$ ” é o decurso de prazo sem a manifestação e “ $r$ ” representa a decretação de preclusão) e  $(p \wedge q) \rightarrow -r$  (em que “ $p$ ” é o decurso de prazo sem a manifestação, “ $\wedge$ ” é o símbolo de conjunção lógica, “ $q$ ” representa a excepcional “justa causa” e “ $-r$ ” significa a não decretação da preclusão). Seguindo a não-monotonicidade, a razão forte o bastante para infirmar a regra geral é incluída logicamente na inferência originária e com ela pode ser trabalhada processualmente, por meio da argumentação fática e jurídica levada a cabo pelas partes. A *probanda* é o simples decurso de prazo sem a realização do ato processual exigido; por outro lado, a *non-refutada* é a inexistência de “justa causa”. Com efeito, a primeira regra prevalece e deve ser aplicada, *a menos* que a segunda seja refutada, mediante a demonstração da existência de exceção; ambas, no entanto, convivem logicamente no sistema.

SARTOR reconhece a existência de diferentes formas de distribuição do ônus da prova, como exemplifica no tratamento processual mais benéfico outorgado à parte mais fraca da relação jurídica (*to protect the weaker party*).<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> BAYÓN, Juan Carlos. ¿Por qué..., *op. cit.*, p. 40.

<sup>195</sup> SARTOR, Giovanni. Syllogism..., *op. cit.*, p. 12.

Entretanto, quando não há uma exceção ou regra específica, a regra geral impõe que aquele que alega deve provar os fatos que embasam as suas razões.

A derrotabilidade, afirma SARTOR, possui uma função heurística, porquanto as conclusões normativas conseguidas mediante inferência não-monotônica podem ser derrotadas em razão de uma nova informação. Isto contudo não exclui a certeza do direito, destinada a direcionar e a controlar as decisões judiciais. No deslinde de muitas celeumas, somente os aspectos legalmente relevantes emergem, ou então, o conflito pode ser resolvido apenas pelos critérios de prioridade fornecidos pelo ordenamento. Para ele, a existência de limites processuais e temporais constitui estímulo importante para a discussão legal, na medida em que as partes são induzidas a fornecerem todos os argumentos relevantes para o desfecho da causa. Isso se refere aos aspectos fáticos e também aos jurídicos; embora prevaleça o adágio de que o Juiz sabe a lei (*jura novit curia*), a parte interessada deve aduzir os fundamentos jurídicos e as interpretações capazes de corroborar as alegações defendidas.<sup>196</sup>

Analisando a teoria de DWORKIN a respeito da diferença entre regras e princípios, SARTOR entende que no Direito (e na moral) não é possível encontrar regras no modelo *tudo-ou-nada*, uma vez que normas condicionais perfeitas (prescrições que subordinam um efeito legal a uma condição suficiente), não são estruturas lingüísticas que existem concretamente no mundo legal (*legal world*), mas apenas em um modelo ideal. Portanto, reescrever o sistema legal em um padrão condicional perfeito constituiu itinerário que nunca poderá ser concluído, e se fosse pretendido, levaria em todo o caso a formulações extremamente complexas, difíceis inclusive de se modificar, pois a introdução de uma exceção importaria a modificação dos antecedentes de todas as normas incompatíveis com aquela exceção, além de ser extremamente incerto, porque na criação do antecedente “total”, restariam incertos todos os conflitos a serem resolvidos para que este modelo ideal fosse concluído.<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> SARTOR, Giovanni, *Defeasibility...*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 307 e ss.

SARTOR, então, defende que cada norma jurídica (leia-se previsão textual) possui as características que DWORKIN atribui aos princípios, *i.e.*, não são derrotáveis em um nível abstrato e pré-determinado de circunstâncias e permanecem válidas mesmo se não restarem aplicadas em determinados casos. Quando se encampa a noção de derrotabilidade, nenhuma norma jurídica é aplicável exatamente a um conjunto de casos bem definidos (*exactly to a set of well-defined cases*), e mesmo quando é claramente expressa, a indeterminação acerca de sua relação com outras normas, ou ainda, a sua posição no ordenamento, pode se tornar um ponto relevante.<sup>198</sup> Sendo assim, a distinção entre regras e princípios, baseada na derrotabilidade, não é uma separação entre categorias de normas com diferentes estruturas lógicas, mas, no máximo, uma distinção empírica e gradual, relacionada à prevalência de aspectos que cada norma possui, até certo ponto. Por isso, SARTOR diz apenas que a norma é uma regra quando o seu antecedente contém termos descritivos exatos (*precise descriptive terms*), e a sua prioridade (importância) em relação a outras normas é exatamente determinada; por outro lado, um princípio possuiria o antecedente com termos imprecisos e sem uma prioridade determinada.<sup>199</sup>

Como se vê, a derrotabilidade processual de SARTOR é fundada na distribuição do ônus da prova, mas possui nítidos reflexos na estrutura normativa, de regras e princípios, e envolve a modificação da própria lógica do sistema jurídico.

### **5.1.2 Teoria de Neil MacCormick**

NEIL MACCORMICK elaborou um modelo de derrotabilidade processual a partir do reconhecimento de que os arranjos jurídicos apresentam requisitos ordinariamente necessários e presumivelmente suficientes (*ordinarily necessary*

---

<sup>198</sup> V. nota 80, *supra*, acerca da “norma jurídica perfeita” de Klaus Günther.

<sup>199</sup> SARTOR, Giovanni, *Defeasibility...*, *op. cit.*, p. 310 e ss.

*and presumptively sufficient conditions*).<sup>200</sup> Em sua teoria, um arranjo construído com base em regras jurídicas (arranjo que se pode chamar de normas jurídicas), pode ter uma aparência de validade e, no entanto, pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. MACCORMICK explica a derrotabilidade, exemplificando-a a partir da noção de uma regra sobre um Direito *D*, que expressamente prevê as condições positivas para atribuir *D* a uma pessoa apropriada, mas que também sujeita a concessão desse direito a algumas exceções ou ressalvas. Assim, a formulação das condições em relação a *D* prevê os seguintes termos: se as condições *c1*, *c2* e *c3* são satisfeitas, então *A* pode opor *D* contra *B*, mas não se *B* mostrar que existe a condição excepcional *e1*.<sup>201</sup>

Dentro da pragmática dos pleitos de direitos (*right-claims*) e do gozo de direitos (*right-enjoyment*), tudo que *A* precisa fazer para estabelecer a pretensão *D* é satisfazer as condições *c1*, *c2*, *c3*. Não cabe a *A* mostrar que a situação não é excepcional, pois cabe a outra parte interessada, *B*, mostrar a excepcionalidade do caso em razão da existência de *e1*. Ao fazer isso, *B* derrota a pretensão de *A*, que seria válida não fosse tal exceção. Qualquer afirmação que *A* faz em relação ao pleito de um direito com base em *c1*, *c2* e *c3* é derrotável, e será invalidada, se *B* comprovar *e1*. Por outro lado, quando não há controvérsia, a confiança que *A* possui no seu pleito (ou no seu próprio direito), depende de que *B* seja incapaz de mostrar ou provar *e1*; para existir segurança total, é necessário que não exista *e1*.<sup>202</sup>

Diante do caso dos legatários homicidas (ou herdeiros), que perdem o legado em razão do princípio implícito de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, MACCORMICK questiona se, nesse caso, o direito nunca existiu ou existiu, mas é considerado derrotável. Escrevendo em termos pragmáticos, MACCORMICK entende o mais correto como a caracterização de uma “pretensão ao legado derrotável”, ou seja, há um direito que primeiro existe e depois é

---

<sup>200</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica...*, *op. cit.*, p. 310 e ss; MACCORMICK, Neil. *Defeasibility...*, *op. cit.*, p. 99 e ss.

<sup>201</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica...*, *op. cit.*, p. 311-312.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 312.

derrotado. O direito (*right*) é considerado como um fato institucional, presente apenas e tão-somente onde haja satisfação perfeita e não-excepcionada (*undefeated*) de todas as condições (implícitas e explícitas) efetivamente exigidas em um dado caso, sendo derrotável, portanto, a atribuição de um direito, ou a afirmação de um pleito a alguém (ou daquilo que alguém busca receber por meio do direito).<sup>203</sup>

Segundo MACCORMICK, o Direito (*law*) deve ser formulado em termos gerais, entretanto, estas formulações são sempre capazes de omitir referências a algum elemento que pode se tornar o fato operativo-chave no caso concreto. Isto ocorre em razão da multiplicidade de condições possíveis que surgem da interação entre diferentes partes do Direito, entre regras explícitas ou reelaborações doutrinárias de regras articuladas com princípios e valores. Seria extremamente difícil (e talvez impossível) tentar formular todas as precondições concebíveis de validade em cada enunciado de cada regra, o que levaria qualquer pretensão de fazê-lo a um efeito desastroso à própria inteligibilidade do Direito. Considerando que as formulações gerais não explicitam muitas condições, MACCORMICK conclui que qualquer pessoa pode se sentir segura, quanto quiser, no contexto de algum arranjo ou vantagem jurídica, mas a segurança última se encontra na efetivação judicial, após enfrentar as alegações de fatos impeditivos, a partir da visão de ônus prova.<sup>204</sup>

Em um nítido reconhecimento do direito de ação e do direito de defesa, MACCORMICK afirma que “qualquer coisa pleiteada pode também ser refutada, mesmo que a refutação não mereça ser bem sucedida, e possa, de fato, falhar. Seja qual for a solução sugerida por uma pessoa num debate sobre relevância ou interpretação (ou, às vezes, classificação) para justificar seu pleito particular, alguma outra pessoa pode ver uma potencial exceção (...).”<sup>205</sup> Esta situação envolve o ônus da prova e a indispensável fundamentação das partes que pretendem ver o seu ponto de vista acolhido.

---

<sup>203</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica...*, *op. cit.*, p. 314-315.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 314-321.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 327.

Como se vê, as perspectivas de MACCORMICK e SARTOR se aproximam e em alguns momentos se correlacionam. Ambos partem de uma matriz hartiana e a desenvolvem em vista da visão processual da derrotabilidade. Enquanto SARTOR se mostra mais preocupado com a revisão de conceitos e a referência a aspectos lógicos, MACCORMICK é mais pragmático e se debruça sobre problemas práticos da derrotabilidade. Os dois caminham para caracterizar a derrotabilidade como um fenômeno “intrínseco ao Direito e aos direitos”, sobretudo quando levados à discussão no âmbito judicial.

## 5.2 ÔNUS DA PROVA E NORMAS JURÍDICAS

À luz da derrotabilidade, o ônus da prova não é somente um conceito de direito processual, mas também de direito material. Tal como ocorre na teoria da incidência, na visão que a entende configurada quando vertida em linguagem competente, após a devida articulação com a teoria das provas, em relação à derrotabilidade, a análise probatória também se faz necessária. A configuração dos fatos constitutivos, aptos a ensejarem a aplicação normativa, se enquadra na teoria das provas, assim como possíveis fatos impeditivos que podem eventualmente tolher os efeitos da norma jurídica invocada.

O ônus da prova, entretanto, varia conforme a “área” do Direito analisada. No Direito Penal, por exemplo, vale a presunção de inocência, regra probatória que no STF impõe a não-culpabilidade como dispensável de qualquer demonstração ou elemento de prova, pois presumida, ao passo que o seu oposto (a culpabilidade) é que demanda prova, *i.e.*, a prova inequívoca de protagonização do fato criminoso.<sup>206</sup> O Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria de CHIOVENDA, como regra geral inserida no artigo 333, dentro da qual cabe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> STF, Habeas Corpus n.º 92.435/SP, rel. Min. Carlos Brito, *DJU* 17/10/2008.

<sup>207</sup> “La cuestión de la carga de la prueba reduce, por lo mismo, en el caso concreto, determinar cuáles son los hechos que, tenidos por existentes por el juez, deben bastar para inducirlo a



Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, “a prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fático, ao suporte fático e aos fatos jurídicos que de suportes fáticos resultam. Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos: é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos.”<sup>208</sup> Dessarte, o ônus da prova é correlacionado a questões de “fato”, no entanto, mesmo em matérias unicamente de direito, à parte interessada cabe defender a sua tese por meio de uma argumentação capaz de convencer o Juiz da causa, seja para acolher a alegação de que o caso concreto se subsume à hipótese legal invocada, seja para ponderar acerca dos argumentos levantados em casos mais complexos.

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, nesse contexto, entende que o critério mais coerente para a repartição das conseqüências jurídicas, em matéria probatória, é o formulado pela “teoria das normas”. Para ele, “o ônus da prova quanto a cada facto incumbe à parte cuja pretensão processual só pode obter êxito mediante a aplicação da norma de que ele é pressuposto”.<sup>209</sup>

O “raciocínio em que a ‘teoria das normas’ se funda é meridianamente claro: firmada a ideia segundo a qual o juiz só pode aplicar uma norma se estiverem provados os pressupostos de facto que integram a sua hipótese, quem

---

estimar la demanda (*constitutivos*.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de derecho procesal civil*. Trad. Jose Casais y Santaló. t. II. Madrid: Reus, 1925. p. 254.

<sup>208</sup> MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 155. E Pontes continua: “Quando se diz ‘prove o seu direito’, ‘prove a pretensão, a ação, ou a exceção’, emprega-se forma elíptica; em verdade o que se pensou foi: ‘prove o fato jurídico de que se irradia o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção de que se trata’. A prova concerne, portanto, à existência e à inexistência no mundo fático ou no mundo jurídico. Há prova de fatos do mundo fático e prova de fatos do mundo jurídico (= de suportes fáticos + entrada no mundo jurídico). Os fatos compreendem os fatos que entram na composição de suportes fáticos e os fatos mesmos das regras jurídicas que incidem sobre aqueles. Em princípio, portanto, a regra jurídica teria de ser provada, como fato que é. A afirmação de existir tal regra jurídica (= ter de incidir) teria de entrar no tema probatório. a) A necessidade de ser conhecida de todos (e, pois, do juiz) a lei levou a se sobrepor ao princípio de necessária alegação e prova dos fatos o da desnecessariedade da prova da lei <princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica>, que se traduziu no enunciado *lura novit curia*. b) A esse princípio abre-se a exceção para as regras jurídicas de que trata o art. 337. c) Do princípio da notoriedade absoluta da regra jurídica também é consequência o ‘Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece’.” (*Ibidem*, p. 155).

<sup>209</sup> PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 78.

pretende beneficiar (retirar efeitos favoráveis) da aplicação de uma norma tem o encargo de demonstrar a existência dos respectivos pressupostos.”<sup>210</sup>

Logo, os fatos considerados ordinariamente necessários e presumidamente suficientes para a irradiação dos efeitos da norma jurídica não de ser provados mediante a teoria das provas, ou, em se tratando de matéria eminentemente de direito, devem ser articulados por meio de substancial argumentação.

### **5.2.1 Os conceitos de fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos**

Em razão da correlação entre os temas, seguir-se-á o modelo de NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA a respeito do ônus da prova, apresentado em seu livro *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*. A premissa por ele utilizada é a mesma do sistema processual brasileiro, por meio da distinção entre os fatos que servem de fundamento à pretensão (fatos constitutivos do direito alegado) e os fatos que servem de fundamento à exceção (fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado). O conceito de fato constitutivo assumido refere-se a “factos idóneos, segundo a lei substantiva, para fazer nascer o direito que o autor se arroga contra o réu.”<sup>211</sup>

Ante a pretensão do autor, em sendo comprovados os seus fatos, pode o réu se defender, negando o fundamento da demanda, ou, então, pode invocar novos fatos, impeditivos, modificativos ou extintivos. Desta relação nasce a distinção entre fatos constitutivos e fatos extintivos baseada em dois critérios complementares: o *critério cronológico* e o *critério funcional*. O primeiro indica que o “facto constitutivo é contemporâneo da formação da relação jurídica, enquanto o facto extintivo é posterior. O segundo – o critério funcional – diz-nos que o facto

---

<sup>210</sup> PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Estudos...*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 78.

constitutivo faz nascer um direito, enquanto o facto extintivo destrói um direito previamente constituído.”<sup>212</sup>

Acerca da diferença entre fatos constitutivos e fatos impeditivos, NUNO MANUEL invoca os critérios de normalidade e funcionalidade para o descrímen. Nessa linha de pensamento, em razão do *critério da normalidade*, o autor que pretende invocar um direito, “terá de demonstrar os factos que *normalmente* o integram; o réu, para se defender, terá de provar os ‘factos anormais que excluem ou impedem a eficácia dos elementos constitutivos’.”<sup>213</sup>

Quanto ao *critério funcional*, são constitutivos “os factos suscetíveis de produzir, segundo a norma jurídica aplicável, o efeito jurídico que a parte pretende obter”; ao passo que são impeditivos “os factos que se destinam a determinar a ineficácia jurídica dos factos constitutivos.”<sup>214</sup> Por outro lado, a categoria dos fatos modificativos não merece, na sua linha de raciocínio, um tratamento autônomo, pois devem ser tratados como impeditivos ou extintivos, conforme o sentido da modificação.<sup>215</sup>

Finalmente, NUNO MANUEL esclarece que a classificação destes fatos “como constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos há-de ser efectuada em concreto, e não em abstracto”, pois “não há *temas probatórios fixos* – pontos de facto quanto aos quais o ônus da prova haja de pesar sempre sobre determinado sujeito da relação material correspondente.”<sup>216</sup> Isto significa que “o ônus da prova competirá a um ou outro desses sujeitos, conforme a posição em que esteja na relação processual. O que importa, quanto a cada um dos sujeitos da relação material, é a sua posição no processo – a pretensão que lá deduz.”<sup>217</sup>

---

<sup>212</sup> PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Estudos...*, *op. cit.*, p. 78-79.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 79. A respeito do conceito de normalidade em Chiovenda, v.: CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios...*, *op. cit.*, p. 255 e ss.

<sup>214</sup> PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Estudos...*, *op. cit.*, p. 79.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 80.

### 5.2.2 Princípio dispositivo versus princípio inquisitivo

No Processo Civil brasileiro prevalece o chamado princípio dispositivo, consoante o qual “competem às partes a busca de fontes de prova e a iniciativa de incluí-las na instrução processual, não cabendo ao juiz senão recebê-las, processar os meios de prova segundo os procedimentos que a lei estabelece e afinal levar em conta os resultados, ao julgar.”<sup>218</sup> Este comportamento passivo do Juiz é secularmente apresentado em consonância aos brocardos “*ne procedat iudex ex officio*” e “*iudex secundum allegata et probata partium judicare debet*”.

CHIOVENDA, no começo do século XX, alertava sobre as “modernas tendências acerca do ônus da prova” em relação ao princípio dispositivo, pois em “um sistema que admitisse a investigação de ofício da verdade dos fatos, a divisão do ônus da prova não teria razão de existir (...).”<sup>219</sup> O nosso Código de Processo Civil, em seus artigos 130, 440 e 443, prevê uma postura ativa do magistrado, todavia isso não decretou o fim do princípio dispositivo e tampouco da distribuição do ônus da prova, mas revelou a manifestação do princípio inquisitivo em nosso ordenamento.

Permanecem em nosso código previsões que delimitam o alcance da vontade jurisdicional (artigos 128, 292 e 460), em razão das quais o princípio dispositivo mantém-se aplicável. No entanto, não há mais espaço para radicalismos e para o predomínio absoluto deste princípio, sobretudo porque atrelado a uma visão extremamente privatista do processo, hoje em decadência, em virtude do reconhecimento da natureza pública do processo.<sup>220</sup>

CÂNDIDO DINAMARCO, reconhecendo a evolução do princípio inquisitivo, lembra que o Estado moderno outorgou à jurisdição uma função pública por excelência, voltada para objetivos públicos (escopos sociais, políticos, jurídico), motivo pelo qual aos Juízes não cumpre atuar como “meros

---

<sup>218</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 51-52.

<sup>219</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios...*, op. cit., p. 262.

<sup>220</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, op. cit., p. 52.

homologadores de condutas de particulares”, pois a própria função jurisdicional ficaria desmerecida e desviada de seus rumos.<sup>221</sup>

A coexistência entre os dois princípios parece ser uma realidade no Processo Civil moderno, marcado pela garantia de direitos – especialmente os fundamentais - e pelo desenvolvimento de técnicas processuais capazes de assegurar efetividade a estes direitos. Observa LUIZ MARINONI que na Constituição brasileira resta consagrado o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, axioma que “outorga ao Juiz a obrigação de identificar as necessidades do caso concreto e de descobrir a técnica processual idônea para lhe dar efetividade.”<sup>222</sup>

O caminho desejável seria o compromisso com o equilíbrio entre o modelo dispositivo e o inquisitivo, reconhecendo-se a estática judicial como regra geral, mas permitindo ao Juiz certas iniciativas probatórias mediante aquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial.<sup>223</sup>

Pensando conforme a “teoria das normas”, se restarem dúvidas sobre a subsunção dos fatos à norma jurídica cuja aplicação se pretende, em certos casos, pode o Juiz *ex officio* determinar a produção de prova que lhe dê subsídios para a formação de seu convencimento, ou melhor, para saber se a norma jurídica invocada é aplicável ou não. A possibilidade (ou não) de configuração do fato jurídico, apto a gerar a incidência da norma jurídica, está intimamente relacionada com a derrotabilidade processual. As partes devem demonstrar os fatos jurídicos que ampararam as suas posturas, mas eventualmente podem não fazê-lo, e a argumentação estaria fadada ao insucesso. A aceitação do princípio inquisitivo representa a permissão para que o Juiz conheça certas matérias, de ofício, como aquelas entendidas como de ordem pública – inclusive a constitucionalidade das leis -, além da própria iniciativa na produção de provas.

---

<sup>221</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>222</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 59. Confira-se, neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 396 e ss.

<sup>223</sup> Cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, *op. cit.*, p. 55.

### **5.2.3 O fracasso de seguir a norma no caso individual não a destrói. Porém a inabilidade genérica de segui-la é a sua destruição**

VON WRIGHT fez a afirmação contida neste título para aludir à relação entre o *dever* e o *poder* fático de realizar a conduta prescrita no direito positivo, para promover a distinção entre a *habilidade genérica* e *eventuais impossibilidades fáticas*, as quais só infirmariam totalmente a norma se se transformassem em *inabilidades genéricas*.<sup>224</sup> Este raciocínio, entretanto, pode ser importado para o estudo da derrotabilidade processual, porquanto a norma jurídica derrotada não será *necessariamente* retirada do mundo jurídico.

Em realidade, a norma jurídica derrotada pode encontrar quatro destinos bem definidos: (i) a norma pode ser derrotada no caso concreto, em razão da configuração de uma exceção normativa (explícita ou implícita), apta a impor a solução excepcional. A excepcionalidade, nesse caso, deve ser capaz de ser generalizada, a fim de impor soluções idênticas a casos similares; (ii) existe a hipótese de “superção fática” da norma jurídica, em virtude do fracasso do intérprete na demonstração dos seus “pressupostos fáticos” (fatos constitutivos). A aplicação da norma jurídica é, nessa situação, frustrada em razão de uma falha probatória do intérprete (ou ainda do êxito da parte adversária na demonstração de fatos impeditivos/extintivos) e se restringe à singularidade do caso concreto; (iii) a norma pode ser derrotada e não permanecer no ordenamento como referência normativa aplicável, como sói ocorrer com a norma jurídica declarada inconstitucional pelo STF em controle abstrato de constitucionalidade. Nesse caso, por mais que não seja possível falar “definitivamente derrotada”, uma vez que mutações jurisprudenciais são factíveis, como regra, estas situações impõem a não-aplicação da norma superada aos ulteriores casos; (iv) também é possível falar em uma norma jurídica definitivamente expurgada do ordenamento vigente, mediante a qual nenhum outro caso será decidido. Da Suprema Corte americana pode-se extrair uma intelecção normativa que jamais deverá retornar ao pensamento jurídico, configurada no caso *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896,

---

<sup>224</sup> VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma...*, *op. cit.*, p. 126-127.

quando se entendeu como válidas leis segregacionistas/racistas, por meio do raciocínio “iguais, mas separados” ou “separados, porém iguais” (*separate but equal*). Essas teorias não devem retornar ao pensamento moderno e podem ser consideradas definitivamente derrotadas.

Com efeito, em uma antinomia total-total (no léxico de ALF ROSS), quando há incompatibilidade entre as condutas prescritas (*p.ex.*, as normas extraídas a partir do artigo 406 do Código Civil, *cfr.* item 5.3.1, *infra*), é possível falar em uma “inabilidade genérica” da norma jurídica derrotada (*cfr.* referências *iii* e *iv*, *supra*).

Por outro lado, o aparente “fracasso” da norma jurídica derrotada pode significar a adequação de seu conteúdo e alcance, ou melhor, pode significar que a norma se “bipartiu” a fim de tutelar a situação de regra e a de exceção. O tratamento dado pelo STF à Súmula 691 é um exemplo claro de adequação da norma jurídica à situação fática, seguindo a recomendação de HABERMAS para se enfrentar o problema da indeterminação no Direito (*v.* itens 2.2.1 e 4.2.1, *supra*).

Também é possível constatar a derrotabilidade na atividade jurisdicional que, mesmo sem declarar expressamente a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, afasta sua incidência, no todo ou em parte.<sup>225</sup> Neste último caso, o órgão judicial simplesmente desconsidera a norma jurídica *prima facie* aplicável, afastando-a implicitamente da solução do caso concreto, de maneira genérica ou simplesmente excepcional. Nessa hipótese, a norma jurídica permanece no ordenamento jurídico como referência normativa e pode ser aplicada ulteriormente.

---

<sup>225</sup> Para tratar desta situação, e combater a chamada declaração de “inconstitucionalidade branca”, o STF editou a Súmula Vinculante n.º 10, segundo a qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” A respeito desta discussão, *v.:* STF, Ação Declaração de Constitucionalidade n.º 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU* 10/09/2008.

### 5.3 MUTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS E DERROTABILIDADE

A noção de derrotabilidade costuma ser relacionada à indeterminação do Direito, como afirma ÁNGELES RÓDENAS, a quem “(...) os termos *indeterminação* e *derrotabilidade* estão estreitamente ligados entre si, sendo usual utilizar o termo *indeterminação* em referência a uma característica do Direito, enquanto se fala em *derrotabilidade* em relação a uma qualidade das normas jurídicas.”<sup>226</sup> Quando são promovidas mudanças arbitrárias e aleatórias nos entendimentos jurisprudenciais, resta configurada a indeterminação do Direito. A aplicação prática dos conceitos presentes na proposta de derrotabilidade normativa, no entanto, não deve culminar nessa indeterminação, pelo contrário, na medida do possível, há de adequar-se às exigências pertinentes à segurança jurídica e à certeza do Direito. A busca por esta compatibilização será levada a cabo a seguir:

#### 5.3.1 A importância dos precedentes judiciais

CÂNDIDO DINAMARCO relembra um antigo discurso no qual defendeu a idéia de que “processo deve ser tratado pelos juízes de um modo muito límpido e transparente, traçando caminhos conhecidos por todos e optando por decisões previsíveis diante do direito posto, das provas produzidas e dos comportamentos das partes”, mediante uma mensagem de “repúdio ao encaminhamento misterioso do processo e à opção por decisões portadoras de surpresas para as partes ou para uma delas, como verdadeiras *armadilhas* ardilosamente instaladas e ativadas à espera do primeiro tropeço do mais incauto, mais inocente ou mais leal no trato com o juiz e o adversário.”<sup>227</sup>

---

<sup>226</sup> RÓDENAS, Ángeles. En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. v. 24, p. 64.

<sup>227</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. *In: Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres*. v. III. São Paulo: Manole, 2005. p. 85. Sobre os precedentes judiciais, v., também: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. *passim*. As considerações exaradas pelo Ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros, no momento do julgamento do Recurso Especial n.º 382.736/SC, são extremamente significativas a respeito do



Está ressalva foi lembrada por ocasião da análise do tema da mutação jurisprudencial, em relação à boa-fé dos jurisdicionados, na crença de um precedente judicial. A norma jurídica, enquanto produto da interpretação, encontra-se extremamente reforçada quando revestida por uma orientação jurisprudencial que lhe dê guarida. Uma coisa é a norma jurídica gerada sem amparo judicial, outra coisa é a norma jurídica lastreada na jurisprudência, especialmente de Cortes Superiores.

---

necessário apego à coerência em nome da segurança jurídica, merecendo por isso transcrição: "(...) Quando chegamos ao Tribunal e assinamos o termo de posse, assumimos, sem nenhuma vaidade, o compromisso de que somos notáveis conhecedores do Direito, que temos notável saber jurídico. Saber jurídico não é conhecer livros escritos por outros. Saber jurídico a que se refere a CF é a sabedoria que a vida nos dá. A sabedoria gerada no estudo e na experiência nos tornou condutores da jurisprudência nacional. Somos condutores e não podemos vacilar. Assim faz o STF. Nos últimos tempos, entretanto, temos demonstrado profunda e constante insegurança. Vejam a situação em que nos encontramos: se perguntarem a algum dos integrantes desta Seção, especializada em Direito Tributário, qual é o termo inicial para a prescrição da ação de repetição de indébito nos casos de empréstimo compulsório sobre aquisição de veículo ou combustível, cada um haverá de dizer que não sabe, apesar de já existirem dezenas, até centenas, de precedentes. Há dez anos que o Tribunal vem afirmando que o prazo é decenal (cinco mais cinco anos). Hoje, ninguém sabe mais. Dizíamos, até pouco tempo, que cabia mandado de segurança para determinar que o TDA fosse corrigido. De repente, começamos a dizer o contrário. Dizíamos que éramos competentes para julgar a questão da anistia. Repentinamente, dizemos que já não somos competentes e que sentimos muito. O Superior Tribunal de Justiça existe e foi criado para dizer o que é a lei infraconstitucional. Ele foi concebido como condutor dos tribunais e dos cidadãos. Em matéria tributária, como condutor daqueles que pagam, dos contribuintes. (...). Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás. Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados (...)" (STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 382.736/SC, rel. Min. Francisco Peçanha, DJU 25/02/2004)

O direito positivo possui força (imperatividade) e será seguido em sua manifestação *prima facie* por todos os jurisdicionados. Nesse processo de obediência, podem existir dúvidas, e o Judiciário será o caminho natural a ser seguido para a definição de qual conteúdo normativo prevalecerá. A norma jurídica (interpretação) que receber a chancela judicial acaba se sobrepondo às demais, nas relações intersubjetivas, recebendo maior credibilidade e confiabilidade.

Por exemplo, o artigo 406 do Código Civil determinou que “quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação de lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Por conta desta nova previsão legal, surgiram duas interpretações, na doutrina e na jurisprudência: a primeira entendeu que o artigo 406 aludia ao §1º, do artigo 161 do Código Tributário Nacional, *i.e.*, os juros de mora seriam calculados à taxa de um por cento ao mês; a segunda corrente exegética entendeu que o novo dispositivo legal fazia referência à “Taxa Selic”, com base no artigo 39 da Lei 9.250/95, sendo definida mês a mês pelo Banco Central. O Superior Tribunal de Justiça, após ponderar profundas divergências, acabou por pacificar a matéria, no sentido de que “a taxa à qual se refere o art. 406 do CC é a SELIC, tendo em vista o disposto nos arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02.”<sup>228</sup>

Importa dizer, consolidou-se o entendimento segundo o qual a norma jurídica criada a partir do artigo 406 do Código Civil refere-se à Taxa Selic, sendo, portanto, derrotada a norma jurídica oposta, ou seja, aquela que atinava ao §1º, do artigo 161 do Código Tributário Nacional.

Daí a importância do tema das “variações jurisprudenciais”, na medida em que a jurisprudência constitui meio capaz de “atuar sobre a Constituição ou as leis, induzindo por via informal alterações no conteúdo preceptivo substancial de uma ou de outras e, por esse modo, projetando outros preceitos diferentes daqueles

---

<sup>228</sup> STJ, Recurso Especial n.º 1081501/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 01/10/2008.

antes contidos no texto escrito de direito positivo – sem alterar os textos do direito positivo.”<sup>229</sup> A jurisprudência, lembra DINAMARCO, acaba alterada ao longo do tempo, por diversas razões, dentre as quais, porque a realidade fática e axiológica da causa foi modificada, ou porque o julgador reviu o seu entendimento.

A reflexão acerca das “variações jurisprudenciais” deve ser profunda, uma vez que os posicionamentos consolidados tendem a ser seguidos pelo próprio órgão judicial que os exarou, e pelos demais órgãos judiciais, especialmente aqueles hierarquicamente inferiores.<sup>230</sup>

### **5.3.2 A mudança de um precedente e a derrotabilidade**

RONALD DWORKIN entende que o Juiz deve se comportar como um autor em uma cadeia literária (*chain novel*), dividindo espaço com outros autores, cada qual escrevendo um capítulo de um “romance sem fim”, sendo-lhe permitido revisar a história escrita pelos outros, mas para seguir o caminho traçado anteriormente e não para trilhar um percurso individual, pois “o dever de um juiz é interpretar a história legal que encontra, não inventar uma melhor.”<sup>231</sup> Esta cadeia de novas histórias, escritas de forma coerente e adequada ao passado, representa o apego e respeito aos precedentes judiciais.

Trata-se de uma tarefa difícil conciliar esta necessária seqüência de interpretações “adequadoras” com a teoria da derrotabilidade, sobretudo porque muitas vezes a superação normativa é promovida em um sentido diametralmente oposto ao conteúdo dos precedentes. Seria uma “novela” cujo capítulo subsequente contradiz ao que foi afirmado no anterior, ou no mínimo, não se dá seqüência ao que foi escrito.

Isso não significa, todavia, que a derrotabilidade não possa ser compatibilizada com a noção de coerência pela qual a proposta dworkiana é

---

<sup>229</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Mutações...*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>231</sup> “A judge’s duty is to interpret the legal history he finds, not to invent a better history.” (DWORKIN, Ronald. *Law as interpretation. Texas Law Review*. v. 60, 1982. p.544).

marcada. Em uma lógica derrotável, ao se adotar uma conclusão com base em determinado conjunto de premissas, restará vinculada tal conclusão, não se podendo alterá-la em outra oportunidade, diante do mesmo quadro de premissas, sob pena de inconsistência do raciocínio defendido.<sup>232</sup> Este raciocínio lógico tem o condão de impor em nome da consistência a manutenção da conclusão adotada, em casos anteriores, a casos futuros dotados do mesmo quadro de premissas, mediante um processo de vinculação explicado por JOÃO BRANQUINHO, DESIDÉRIO MURCHO e NELSON GOMES GONÇALVES através do seguinte exemplo: se em razão de determinado conjunto de premissas, “inferimos que o ‘Piupiu voa’ deixamos de poder inferir que o ‘Piupiu não voa’; por outro lado, se inferimos que o ‘Piupiu não voa’ deixamos de poder inferir que o ‘Piupiu voa’.”[sic]<sup>233</sup>

Em termos práticos, NEIL MACCORMICK afirma que: “(...) se uma certa decisão pode ser adequadamente dada para um certo caso, então, materialmente, essa mesma decisão tem que ser a correta em qualquer caso materialmente similar.”<sup>234</sup> Está é a idéia de universalização, constituída pela aplicação prática do conceito de autoprecedente, segundo o qual o Tribunal que gera um precedente deve manter coerência com as suas próprias decisões, “devendo realizar em definitivo – e para empregar palavras de PERELMAN – uma ‘deliberação consigo mesmo’ (*délibération avec soi-même*).”<sup>235</sup> Importa dizer, quando as “circunstâncias de fato e as hipóteses normativas são as mesmas — ou se mantêm constantes — pode-se afirmar que o intérprete, a partir de uma exigência da argumentação racional, deva sempre formular uma única resposta quando estiver na presença das mesmas hipóteses.”<sup>236</sup>

---

<sup>232</sup> Cfr. BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GONÇALVES, Nelson Gomes. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 408 e ss.

<sup>233</sup> *Ibidem*, 409.

<sup>234</sup> MACCORMICK, Neil. Natural law and the separation of law and morals. In: GEORG, Robert (coord.) *Natural Law Theories*. Contemporary Essays. Clarendon Press, Oxford: 1992. p. 120-121.

<sup>235</sup> SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 21, 2004. p. 222.

<sup>236</sup> CELLA, José Renato. *Controle...*, *op. cit.*, p. 92.

Esta vinculação, frise-se, não impede a alteração da conclusão normativa, em virtude da configuração de uma nova informação que mude o quadro de premissas. A lógica derrotável (não-monotônica) vai além da teoria da *chain novel*, conseguindo conciliar a necessária coerência do raciocínio jurídico com a possibilidade de revisão da conclusão normativa. É bem verdade que esta mudança no quadro de premissas, indispensável para a alteração da ilação normativa, não ocorre em uma perspectiva cartesiana. São situações fáticas, normativas (e até mesmo valorativas) capazes de alterar o conjunto de premissas, modificando assim a conclusão. Trata-se da correlação entre estabilidade e flexibilização, entre a necessidade de seguir o precedente e a exigência de um julgamento justo para o caso concreto.<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> Eduardo Soderer traz sólidos argumentos nesse sentido: “Explica Aarnio que ‘a fin de que la vida social no caiga en el caos (...) las regulaciones tienen que tener algún tipo de contenido. Cuando especifican los contenidos del sistema jurídico, tanto los funcionarios como los científicos tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por una parte, tienen que respetar la estabilidad y, por otra, tienen que procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias’; con la primera se permite anticipar las relaciones sociales y la segunda, a su vez, posibilita ajustar el derecho a las nuevas realidades. Nos encontramos así con una exigencia ineludible de la teoría de los precedentes: reconciliar la obligatoriedad de seguirlos (following) con la facultad/deber de los jueces de encontrar la solución más correcta o justa para la disputa jurídica concreta. Al respecto ya Perelman advertía que el ‘principio de inercia’ no significa que todo lo que es deba permanecer inmodificado, sino sólo que es irrazonable abandonar sin fundamento una concepción ya aceptada. Es que si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener una rectitud absoluta “en el sentido de que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos. Nunca es definitiva porque la inabarcable variedad y el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones. Definitivamente válida tampoco puede serlo porque la interpretación tiene siempre una referencia de sentido a la totalidad del orden jurídico respectivo y a las pautas de valoración que le sirven de base”, condicionados siempre por el factor tiempo, de suerte tal que un cambio en la situación demanda el consiguiente ‘ajuste jurisprudencial’. Además, y si bien se mira, hablar de que existe un apartamiento del precedente supone que se ha determinado la sustancial similitud de casos, extremo que no se presenta cuando –más allá de la obvia dificultad que existe para tal determinación– se ha verificado un cambio de circunstancias o de “contexto”. En cualquier caso, el concepto clave es el de racionalidad: a la luz del mismo, la sujeción al precedente perderá justificación cuando solo se sustente en lo que Bentham denomina falacia del ‘miedo a la innovación’, consistente en el rechazo de toda nueva medida simplemente porque es nueva y que se da la mano con otros sofismas que discurren en idéntica dirección, también tratados por Bentham al hablar de las falacias de autoridad, como los de ‘la sabiduría de los antepasados o argumento chino’ y de ‘la ausencia de precedentes’. Esa racionalidad supone que todo juez llamado a decidir un caso cuya materia ha sido resuelta en fallos anteriores puede y debe someter los precedentes a un ‘test de fundamentación racional’, y decidir independientemente, según su convicción formada en conciencia, si la interpretación expresada en el precedente, la concretización de la norma o el desarrollo judicial del derecho son acertados y están fundados en el derecho vigente. Por tanto, el juez no debe aceptar, en cierto modo ‘ciegamente’, el

Como se viu, a teoria da derrotabilidade leva em conta a norma jurídica *prima facie* como referência inicial de tutela do seu respectivo caso concreto, porém, permite que sejam compulsadas situações fáticas e jurídicas que autorizam a alteração da conclusão normativa inicial. Quantos aos precedentes, a derrotabilidade é operada nos mesmos moldes e sob os mesmos requisitos. A discussão promovida no processo (*give-and-take of legal argument* de ALEXY) é suficiente para problematizar a solução do caso concreto, de maneira que o precedente pode ser adequado e/ou afastado, mas em qualquer uma destas situações, a universalização do “novo precedente” deve estar presente, em nome da coerência e consistência de todo o ordenamento.<sup>238</sup> A “novela” deve ter continuidade, mas alguns novos capítulos podem mudar o curso da estória.

Com efeito, a motivação e a fundamentação são requisitos intransigíveis de qualquer pretensão de revisão de entendimentos pretéritos. Como já disse o Superior Tribunal de Justiça, “a motivação das decisões judiciais, elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, representando uma ‘garantia inerente ao estado de direito’.”<sup>239</sup> Por evidente, a decisão que segue o precedente não impõe a carga argumentativa necessária àquela que o afasta, entretanto, ambos os casos não se ser fundamentados, especialmente em respeito aos argumentos aduzidos pelas partes. Esta correlação entre o universal e o particular, entre a decisão singular e o precedente, pode culminar na derrotabilidade, mas isso, de forma alguma, deve ocasionar a inconsistência do ordenamento. Coerência e fundamentação devem sempre estar presentes, para a preservação, em última análise, da isonomia, da segurança jurídica e do espírito democrático.

---

precedente. No sólo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta o un desarrollo del Derecho no suficientemente fundamentado o si la cuestión rectamente resuelta para su tiempo tiene que ser hoy resuelta de otro modo a causa de un cambio en la situación normativa o de todo el orden jurídico.” (SODERO, Eduardo. Sobre el cambio..., *op. cit.*, p. 226-228).

<sup>238</sup> Karl Larenz fala na idéia de “continuidade da jurisprudência e de tratamento igual daquilo que é idêntico.” (LARENZ, Karl. *Metodologia...*, *op. cit.*, p. 615).

<sup>239</sup> STJ, Recurso Especial n.º 67514/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 15/04/1996.

### **5.3.3 Segurança jurídica e derrotabilidade: medidas para resguardar a boa-fé daquele que confiou no precedente derrotado**

O legislador brasileiro procura criar mecanismos processuais hábeis para controlar as decisões judiciais e conceder estabilidade às relações jurídicas, para assegurar confiabilidade, previsibilidade e calculabilidade. CLÊMERTON MERLIN CLÈVE afirma essas considerações, exemplificando-as por meio dos efeitos processuais outorgados às súmulas, seja na legislação ordinária (na nova redação dos artigos 481, parágrafo único e 557, ambos do CPC e do artigo 4º da Lei 9.469/1997), seja na própria Constituição, com a redação conferida ao artigo 102, § 2º e com a criação do efeito vinculante previsto na emenda constitucional n.º 45/2004.<sup>240</sup>

Da mesma forma, a legislação busca instrumentos que minimizem os efeitos de guinadas exegéticas na jurisprudência. A Lei n.º 9.868/99 constitui o mais notório exemplo pois, em seu artigo 27, prevê que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, pode restringir (modelar) os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A jurisprudência do STF tem alargado o campo de incidência deste raciocínio, aplicando-o excepcionalmente também ao controle difuso de constitucional.<sup>241</sup>

Estas medidas visam a resguardar a segurança jurídica e as relações consolidadas no tempo, além da boa-fé daqueles que confiaram na manutenção

---

<sup>240</sup> CLÈVE, Clèmerton Merlin, Crédito-Prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. In: *Crédito-Prêmio de IPI: estudos e pareceres*. v. III. São Paulo: Manole, 2005. p. 167.

<sup>241</sup> “(...) Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ‘ex tunc’, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.” (STF, Recurso Extraordinário n.º 197917, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* 31/03/2004). No mesmo sentido: STF, Mandado de Segurança n.º 26604/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJU* 03/10/2008; STF, Conflito de Competência n.º 7204/MG, rel. Min. Carlos Britto, *DJU* 09/12/2005; STF, Ação Cautelar n.º 189-7/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU* 15/04/2004.

do precedente. Também visam a aplicar exigências referentes aos textos positivados (*p.ex.*, a irretroatividade da lei tributária/penal) a normas jurídicas (interpretações) geradas pelos órgãos judiciais.

Essas figuras processuais são construídas para que os efeitos da derrotabilidade possam ser controlados e para que o órgão judicial não se sinta inibido frente à decisão de derrotar (ou não) uma norma jurídica consolidada jurisprudencialmente, porquanto lhe é franqueado o direito de modular os efeitos do julgamento, a fim de preservar a segurança jurídica e a boa-fé daqueles que confiaram na manutenção do precedente. É bem verdade que a modulação (ou não) dos efeitos da decisão não é um julgamento fácil. Existem interesses divergentes colocados em jogo, entre aqueles que estão demonstrando a mácula no entendimento, e por isso querem vê-lo afastado do mundo jurídico, de forma retroativa, e aqueles que pugnam pela eficácia prospectiva da decisão, para que prevaleça o princípio da segurança jurídica em detrimento de outros princípios, tais como a nulidade da lei inconstitucional.

Não existe uma solução *a priori* para a definição dos casos que merecem modulação, somente os valores aplicáveis ao caso concreto nortearão o julgador nesta decisão. O importante é que o ordenamento forneça aparatos processuais para que juízos de ponderação possam ser exercidos, de forma plena e sem inibições, e que o caso concreto possa ser decidido em consonância com os valores preponderantes.



## CONCLUSÃO

A interpretação do direito positivo experimentou nos últimos dois séculos uma grande evolução. Em termos lingüísticos, viu-se a consagração da pragmática da linguagem, mediante o reconhecimento da força do intérprete no processo de interpretação, da singularidade do caso concreto e da força normativa da Constituição, sobretudo dos princípios nela encartados.

A permissão teórica para o desenvolvimento do papel do intérprete, todavia, gerou conseqüências que repercutiram na prática. Presencia-se uma espécie de “desmetodização” da jurisprudência, pela qual as decisões dos Tribunais Constitucionais se tornaram apegadas a um pragmatismo distante de qualquer teoria. Os métodos jurídicos, e a lógica se insere nesse conceito, começaram a ser vistos como algo que engessaria a inteligência do intérprete e impediriam a busca por uma solução justa.

No presente trabalho, concluiu-se que toda e qualquer empreitada interpretativa, para possuir rigor e consistência, deve preservar as conquistas da hermenêutica jurídica, sem que isso implique um itinerário de desmetodização ou descientificação. Como corolário desta ilação, demonstrou-se que nem todos os casos são difíceis e que o aparato hermenêutico não precisa ser invocado, em sua totalidade, para a solução de controvérsias simples, para as quais o procedimento de subsunção ainda é o mais apropriado. Estes instrumentos não de ser utilizados para o enfrentamento do problema da indeterminação no Direito e podem inclusive amenizá-lo, caso sejam encampados na prática. A idéia que se pretendeu deixar clara no trabalho, em se tratando do estágio atual da hermenêutica jurídica, é a de que os casos jurídicos podem ser problematizáveis, pelo que um caso fácil pode se tornar difícil, em razão do grau de discussão levado a cabo durante a sua solução.

Este foi o panorama desenvolvido para a apresentação do conceito de derrotabilidade. Desde a proposta de HART, os juristas devem estar atentos não

somente às condições positivas necessárias para a aplicação de determinada norma, mas também às condições que podem derrotar a reivindicação promovida pela norma. Tal circunstância é agravada na medida em que se reconhece – sobretudo em relação aos princípios - a impossibilidade de estabelecimento de uma lista exaustiva de condições *necessárias* e *suficientes* para a aplicação do direito, sendo possível somente a referência a exigências *normais* ou *típicas*, as quais são seguidas de uma cláusula “a menos que...”.

Esta situação é atenuada em razão da distribuição processual do ônus da prova, que impõe àquele que quer se valer dos efeitos da norma, a obrigação única de demonstrar os seus fatos constitutivos. Por outro lado, a quem interessa a não-aplicação da norma cumpre a missão de demonstrar os seus fatos impeditivos/extintivos. Sem embargo, entendeu-se que as normas jurídicas (interpretações) possuem um caráter *prima facie*, passível, portanto, de serem alteradas em diferentes contextos fáticos e jurídicos, a partir dos quais situações excepcionais podem ser configuradas.

Com efeito, a análise da derrotabilidade mostra a sua importância porque representa a possibilidade de tratamento de casos excepcionais, dentro de uma norma geral e abstrata aplicável *prima facie* a todas as situações normais ou típicas. Mas isto tem um preço. A lógica do raciocínio jurídico deve ser modificada, uma vez que o seu modelo clássico, usado pelos juristas, não permite a modificação da solução normativa em razão da alteração do quadro de premissas do antecedente. Entre perdas e ganhos, concluiu-se que o modelo não-monotônico de lógica é o mais apropriado para a representação da derrotabilidade, nada obstante a validade de outras alternativas lógicas, como por exemplo, a revisão de crenças.

Estas pressuposições repercutem na teoria da incidência normativa. Diante da teoria derrotabilidade, o padrão de incidência automática e infalível demonstrou inconsistências, porque baseado em uma univocidade da mensagem legislativa, além de estar alheio às possíveis variações de contextos (fáticos e jurídicos). Dentro deste quadro, surge a dúvida: todas as normas são derrotáveis?

Em razão das premissas adotadas, quer parecer que sim, seja porque “derrotável” não significa “necessariamente derrotada”, seja porque esta ilação é mais defensável (e realista) do que a proposta de inderrotabilidade plena, além de ser menos subjetiva em contraste com a noção de grupo de “normas inderrotáveis”.

A derrotabilidade impõe requisitos formais e materiais e pode ser reconduzida a quatro grupos de hipóteses (problemas de interpretação, de provas, de qualificação e de pertinência). Entre os requisitos, destacam-se a coerência e a fundamentação como exigências indispensáveis para toda e qualquer solução que postule a derrotabilidade normativa.

Na seara processual, o binômio coerência/fundamentação há de estar presente, sobretudo para resguardar a segurança jurídica e a isonomia. Em relação aos precedentes judiciais, o legislador brasileiro busca criar figuras jurídicas que permitam a vinculação das decisões judiciais, procurando, com isso, reduzir o grau de indeterminação no Direito, mediante a criação de técnicas que possam produzir paradigmas normativos. Da mesma forma, o legislador desenvolve instrumentos para salvaguardar os interesses daqueles que confiaram nos precedentes derrotados, como sói acontecer com a previsão legal que permite a modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade, em controle abstrato, pelo STF.

Por fim, ressalte-se que este texto pretendeu ser o melhor possível no momento em que foi escrito. Se for lido levando-se em conta a teoria investigada, poderá ser *derrotado*, o que não necessariamente deixará o autor desgostoso, pois a *derrota* do texto pode, por via transversa, corroborar ao menos um pouco a idéia central do trabalho, além de constituir, por evidente, o enriquecimento do debate acadêmico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALCHOURRÓN, Carlos. Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas. In: ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 267-281.

\_\_\_\_\_. Sobre derecho y lógica. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n.º 13. Alicante: Universidad de Alicante, 2000. p. 11-33.

\_\_\_\_\_; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

\_\_\_\_\_; GARDENFORS, Peter; MAKINSON, David. On the Logic of Theory Change: Partial Meet Contraction and Revision Functions. *Journal of Symbolic Logic*. v. 50, 1985. p. 510-530.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*. v. 16. n.º 4. Oxford: Blackwell Publishing e University of Bologna, 2003. p. 433-449.

\_\_\_\_\_. Review: Henry Prakken. *Argumentation*. v. 14. n.º 1. Amsterdam: Springer Netherlands, 2000. p. 66-72.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho*. In: *La Polémica sobre la Relación entre Derecho y Moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação judicial*. São Paulo: Landy, 2002.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista de Direito Tributário*. n.º 79. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 163-183.

\_\_\_\_\_. O direito como linguagem. *Opinio Jure*. n.º 4. Canoas: ed. Ulbra, 1995. p. 04-22.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. *In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. Direito Constitucional. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista Interesse Público*. n.º 19, Porto Alegre: Notadez, 2003. p. 51-80.

BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n.º 13. Alicante: Universidad de Alicante, 2000. p. 87-117.

\_\_\_\_\_. ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 24. Alicante: Universidad de Alicante, 2001. p. 35-62.

\_\_\_\_\_; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. El debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoría general del derecho*. Trad. Jorge Guerrero Bogotá: Temis, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANQUINHO, João; MURCHO, Desidério; GONÇALVES, Nelson Gomes. *Enciclopédia de termos lógico-filosóficos*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho?. *Isonomía*: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. n.º 18. Alicante: Universidad de Alicante, 2003. p. 07-25.

\_\_\_\_\_. Review of Jaap Hage's Law and Defeasibility. *Artificial Intelligence and Law*. n.º 11, 2003. p. 245-250.

\_\_\_\_\_. What Can One Expect from Logic in the Law? (Not Everything, but More than Something: A Reply to Susan Haack). *Ratio Juris*. v. 21. Oxford: Blackwell Publishing e University of Bologna, 2008. p. 150-156.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Trad. Daniela Brückner e José Luis de Castro. Madri: Civitas, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e novas intranqüilidades discursivas: do melhor método à melhor teoria. *In: Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. n.º 4, Oviedo: 2006. p. 427-439.

CARRIÓ, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1970.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CELLA, José Renato. *Controle das decisões jurídicas pela técnica do auto-precedente: lógica deontica paraconsistente aplicada em sistemas especialistas legais*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2008.

CHERRY, Christopher. The limits of defeasibility. *Analysis* n.º 34. Oxford: Blackwell Publishing, The Analysis Committee, 1974. p. 101-107.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. Jose Casais y Santaló. t. II. Madrid, 1925.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Crédito-Prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. *In: Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres*. v. III. São Paulo: Manole, 2005. p. 131-188.

COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade Hermenêutica: acertos e equívocos. *In: As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: América Jurídica, 2002. p. 353-378.

COMANDUCCI, Paolo. Principios jurídicos e indeterminación del derecho *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n.º 21-II. Alicante: Universidad de Alicante, 1998. p. 89-104.

DA COSTA, Newton. *Introdução aos fundamentos da matemática*. São Paulo: Hucitec, 1977.

\_\_\_\_\_. *Prólogo*. In: MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

\_\_\_\_\_; KRAUSE, Décio. *Notas de Lógica*. Parte I: Lógicas Proposicionais Clássica e Paraconsistente. Disponível em <[www.cfh.ufsc.br/~dkrause/LogicaUm.pdf](http://www.cfh.ufsc.br/~dkrause/LogicaUm.pdf)>. Acesso em 27 de novembro de 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. Mutações jurisprudenciais e as expectativas dos jurisdicionados. A garantia constitucional de acesso à justiça e a irrelevância da inexistência de instrumentos processuais específicos. In: *Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres*. v. III. São Paulo: Manole, 2005. p. 85-114.

DWORKIN, Ronald. La lectura moral y la premisa mayoritarista. In: KOH, Harold Hongju; SLYE, Ronald C. (coord.). *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 101-139.

\_\_\_\_\_. Law as interpretation. *Texas Law Review*. v. 60, 1982. p. 527-550.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECHAVE, Delia Tereza, URQUIJO, María Eugenia e GUIBOURG, Ricardo. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. João Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. São Paulo: Saraiva: 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. A Sceptical View on Legal Interpretation. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (coord.). *Analisi e diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. Turim: Giappichelli, 2005. p. 139-144.

\_\_\_\_\_. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. Mexico: UNAM, 2001.

\_\_\_\_\_. Le "point de vue" de la science juridique. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (coord.). *Analisi e diritto. Ricerche di Giurisprudenza Analitica*. Turim: Giappichelli, 2006. p. 137-145.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velosco Arroyo. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n.º 17-18. Alicante: Universidad de Alicante, 1995. p. 271-302.

HAACK, Susan. On logic in the law: "something, but not all". *Ratio Juris*. v. 20. Oxford: Blackwell Publishing e University of Bologna, 2007. p. 01-31.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Sienbeneichler. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAGE, Jaap. Law and Defeasibility. *Artificial Intelligence and Law*. n.º 11. p. 221-243.

\_\_\_\_\_. PECZENIK, Aleksander. Conocimiento jurídico ¿sobre qué?. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 22. Alicante: Universidad de Alicante, 1999. p. 25-48.

HART, Hebert. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

\_\_\_\_\_. The Ascription of Responsibility and Rights. *In: Proceedings of the Aristotelian Society*. v. XLIX. Londres: Harrison & Sons, 1948. p. 171-194.

KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la lógica jurídica*. Trad. Juan A. Casaubon. Buenos Aires: Eudeba. 1973.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOUI, Ronald P. Hart's Critics on Defeasible Concepts and Ascriptivism. *In: Proceedings of the Fifth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. New York: ACM Press, 1995. p. 21-30.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Defeasibility in law and logic. *In: Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*. Dordrecht: Kluwer, 1995. p. 99-118.

\_\_\_\_\_. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo Rio de Janeiro: Campus, 2008.

\_\_\_\_\_. Natural law and the separation of law and morals. *in* GEORG, Robert (coord.) *Natural Law Theories*. Contemporary Essays. Clarendon Press, Oxford: 1992.



MAIDAME, Márcio Manoel. *Impenhorabilidade e direitos do credor*. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_; BIM, Eduardo Fortunato. *Ação popular, legitimidade passiva e imunidade parlamentar*. obra inédita.

\_\_\_\_\_; BIM, Eduardo Fortunato. *Restrições ao poder geral de cautela e derrotabilidade*. obra inédita.

MARANHÃO, Juliano. *As lógicas do direito e os direitos da lógica*. obra inédita.

\_\_\_\_\_. *Padrões de racionalidade na sistematização de normas*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004.

\_\_\_\_\_. Some operators for refinement of normative systems. *In: Legal Knowledge and Information Systems*. Jurix 2001. The Fourteenth Annual Conference. Amsterdam: IOS Press, 2001. p. 103-115.

\_\_\_\_\_. Why was Alchourrón afraid of snakes? *Análisis Filosófico*. Sadaf. v. XXVI, n.º1, 2006. p. 62-92.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. *In: MARINONI, Luiz Guilherme. (coord.). Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. p. 13-66.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MARREIROS, Maria Goreti Carvalho. *Agentes de apoio à argumentação e decisão em grupo*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade do Minho. Braga: 2007.

MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. *In: MARTINS, Leonardo (org.). Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Editora da Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MCCARTY, L.Thorne. Some Arguments about Legal Arguments. *In: Proceedings of the Sixth International Conference on Artificial Intelligence and Law*. New York: ACM, 1997. p. 215-224.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. I. 6. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. IV, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MORESO, José Juan. El encaje de las piezas del derecho. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, n.º. 14. Alicante: Universidad de Alicante, 2001. p. 165-192.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*: Elementos de uma teoria constitucional. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.

\_\_\_\_\_. *Discours de la méthode juridique*. Trad. L'Alleemand par Olivier Jouanjan. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

\_\_\_\_\_. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 356-376.

\_\_\_\_\_. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

OTHERO, Gabriel. Sobre a relação entre antecedente e conseqüente em proposições com operadores condicionais. *Revista Signo*. v. 32, 2007. p. 91-98.

PAZOS, María Inés. Derrotabilidad sin indeterminación. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. n.º 25. Alicante: Universidad de Alicante, 2002. p. 441-470.

PECZENIK, Aleksander. Coherence Theory of Juristic Knowledge. In: *On Coherence Theory of Law*. Lund: Juristfoerlaget, 1998.

PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. In: *Collected Papers*. Cambridge: Harvard University Press.

\_\_\_\_\_. *Semiótica*. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

PERELMAN, Chaim. Les antinomies en droit. *Les antinomies en droit: Etudes Publiees par Chaim Perelman*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 1965. p. 392-404.

\_\_\_\_\_; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel. *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2007.

POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

POSNER, Richard A. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*. v. 35, Jan/2004. p. 147-159.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. Representing Legal Precedents as Defeasible–Argumentation Structures (preliminary report). *In: Proceedings of the Workshop on Computational Dialectic*. International Conference on Formal and Applied Practical Reasoning. Bonn: 1996.

REDONDO, María Cristina. Razones y normas. *In: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime (coord.) Racionalidad y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. p. 73-106.

ROBLES, Gregorio. *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos*. 2. ed. México: UNAM, 1988.

RÓDENAS, Ángeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. v. 24. Alicante: Universidad de Alicante, 2001. p. 63-83.

RODRÍGUEZ, Jorge L. Introducción: Normas y Razones: Aspectos lógicos y sustantivos. *Discusiones: Razones y normas*. n.º 5, 2005. p. 09-27.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SARTOR, Giovanni. The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*. v. 17. Oxford: Blackwell Publishing e University of Bologna, 2004. p. 118-139.

\_\_\_\_\_. Defeasibility in legal reasoning. *Rechtstheorie*. n.º 24. Berlin: Duncker und Humblot, 1993. p. 281-316.

\_\_\_\_\_. Syllogism and Defeasibility: A Comment on Neil MacCormick's Rhetoric and the Rule of Law. *EUI-LAW Working Papers*. n.º 23. European University Institute (EUI): Department of Law: 2006. p. 01-12.

SERBENA, Cesar; GRAZIERO CELLA, José Renato. A lógica deôntica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos. *Verba Iuris*. n.º 2 Curitiba: 2000. p. 121-134.

\_\_\_\_\_. *Lógica e direito: elementos para uma reconstrução formal do raciocínio jurídico*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2002.

SODERO, Eduardo. Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, n.º 21. Alicante: Universidad de Alicante, 2004. p. 217-255.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoría constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. A derrotabilidade da norma tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n.º 77. São Paulo: RT, 2008. p. 121-149.

\_\_\_\_\_. Pragmatismo jurídico e pensamento do possível: entre as possibilidades judicantes e a previsibilidade do direito positivo. *In: KARKACHE, Sergio (coord.). Temas de Direito Público*. Curitiba: Editora da UFPR, 2008. p. 63-73.

\_\_\_\_\_. Uma visão lógica da colisão entre direitos fundamentais. *In: A advocacia iniciante e os novos rumos do direito: Estudo aplicado*. v.2. Curitiba: Editora da OAB/PR, 2006. p. 201-212.

VIEIRA, José Roberto, A Noção de Sistema no Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n.º 33. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 53-64.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no Direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VON WRIGHT, Georg Henrik. Conditionality. *In: Six Essays in Philosophical Logic: Acta Philosophica Fennica*. v. 60: Helsinki: Academic Bookstore, 1996.

\_\_\_\_\_. Deontic Logic. *Mind*. v. LV, n.º 237, 1951. p. 01-15.

\_\_\_\_\_. *Norma y acción*. Una investigación lógica. Trad. Pedro García Ferrero. Madrid, Tecnos, 1979.

WANG, Peng-Hsiang. *Defeasibility in der juristischen Begründung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.